



La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni

Thomas Perroud

► To cite this version:

Thomas Perroud. La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni. Droit. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011. Français. NNT : 2011PA010316 . tel-01228357

HAL Id: tel-01228357

<https://shs.hal.science/tel-01228357>

Submitted on 13 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PANTHEON-SORBONNE – PARIS I
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL

LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EN FRANCE ET AU ROYAUME-UNI

TOME I

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2011

Par Thomas Perroud

Directeurs de thèse :

M. Gérard MARCOU, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

M. John MCELDFOWNEY, Professeur à l'Université de Warwick

Membres du jury :

Mme Claudie BOITEAU

Professeur à l'Université Paris Dauphine

M. Gabriel ECKERT

Professeur à l'Université de Strasbourg

M. Mark FREEDLAND

Professeur à Saint John's College, Université d'Oxford

M. Gérard MARCOU

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

M. John MCELDFOWNEY

Professeur à l'Université de Warwick

Mme Solange MOUTHAN

Associate Professor à l'Université de Warwick

M. Laurent RICHER

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

L'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Je tiens à remercier particulièrement chaleureusement mes deux directeurs de thèse, M. le Professeur Gérard Marcou et M. le Professeur John McEldowney, pour leur appui, leur soutien et leur aide dans l'aboutissement de ce travail.

Ce travail a aussi bénéficié des conseils et des avis de nombreux chercheurs et praticiens. Je remercie les Professeurs Yves Chaput, Paul Craig, Jean-Jacques Daigre, Cosmo Graham, Claude Henry, Pierre Issalys, Daniel Mockle, Tony Prosser, Thierry Revet. Je remercie de même Deborah Anderson QC, Me Frédérique Dupuis-Toubol, Me Olivier Freget, Brian Harris QC, Me Emmanuel Guillaume, Me Winston J. Maxwell, Me François Molinié, Me Didier Théophile, Me Pascal Wilhelm. Ce travail a aussi été enrichi des informations fournies par Sylvie Clément-Cuzin et Elizabeth Mauboussin (Directrices juridiques du C.S.A.), Ghislain Wouters (administrateur de l'Assemblée nationale), Mme Joelle Adda (Directrice juridique de l'A.R.C.E.P.), Guillaume Gronier (Délégué général, A.C.C.e.S.), Christiane Vincent-Provost (conseillère parlementaire, Groupe socialiste du Sénat), Jérôme Gallot. Certains juges ont aussi bien voulu répondre à nos questions, nous les en remercions : Jacqueline Riffault-Silk, Hugues Woïrhaye (avocat général près la Cour d'appel de Paris), Adam Scott (membre du Competition Appeal Tribunal).

SOMMAIRE

TITRE I Justification de l'objet de la recherche

CHAPITRE I — La fonction contentieuse et l'Administration : de l'union à la séparation

CHAPITRE II — La fonction contentieuse et l'Administration : de la séparation à la consécration

TITRE II Construction de l'objet de la recherche

CHAPITRE I — La notion de fonction contentieuse

CHAPITRE II — La notion d'autorité de régulation

PREMIERE PARTIE

L'IDENTIFICATION DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

TITRE I Justifications de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Sous-Titre I — Les motivations multiples des législateurs

CHAPITRE I — Les motifs conjoncturels

CHAPITRE II — Les motifs structurels

Sous-Titre II — L'encadrement différencié par les juges

CHAPITRE I — Les juges face à la fonction coercitive des autorités de régulation

CHAPITRE II — Les juges face à la fonction de règlement des différends

CHAPITRE III — La fonction contentieuse des autorités de régulation possède-t-elle une ou des bases constitutionnelles ?

TITRE II Détermination de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Sous-Titre I — La diversité des actes

CHAPITRE I — La fonction de règlement des différends

CHAPITRE II — La fonction coercitive

Sous-Titre II — L'unité de la mission

CHAPITRE I — Les définitions disponibles

CHAPITRE II — Les définitions proposées

SECONDE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

TITRE I L'exercice de la fonction contentieuse devant les autorités de régulation

Sous-Titre I — la communauté de principes encadrant la fonction contentieuse de l'Administration

CHAPITRE I — Les sources internes : les principes du droit administratif répressif anglais et français

CHAPITRE II — La similitude des sources externes

Sous-Titre II — L'évolution vers des modèles différents

CHAPITRE I — Le modèle anglais : l'évolution vers un modèle managérial

CHAPITRE II — Le modèle français : le choix de la juridictionnalisation

TITRE II Le contrôle de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Sous-Titre I — Le contrôle de la légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles

CHAPITRE I — Un contrôle de légalité sous influence externe

CHAPITRE II — La mise en œuvre du contrôle de légalité

Sous-Titre II — Le contrôle de la responsabilité des autorités sectorielles dans l'exercice de leur fonction contentieuse

CHAPITRE I — La responsabilité devant le juge

CHAPITRE II — La responsabilité devant le Parlement

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Pour faciliter la lecture, nous avons tenté de limiter l'utilisation des abréviations. Cela n'a malheureusement pas toujours été possible. Vous trouverez ci-dessous une liste des principales abréviations utilisées¹.

Abréviations françaises :

ACCP	Contrats publics – Actualité de la commande et des contrats publics
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJFP	Actualité juridique – Fonctions publiques
AJPénal	Actualité juridique Pénal
APD	Archives de philosophie du droit
ARSS	Actes de la recherche en sciences sociales
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c.	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass., civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass., soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Cass., com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	chambre
Chron.	chronique
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

¹ Concernant les abréviations des revues anglaises, une base de données très complète se trouve sur le site de l'Université de Cardiff : <http://www.legalabbrevs.cardiff.ac.ukl>.

C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	Contrats et marchés publics
Coll.	collection
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	conclusions
Cons.	considérant
Coord.	coordination
C.P.C.E.	Code des postes et des communications électroniques.
C.P.T.	Code des postes et télécommunications.
DA	Droit administratif
Dactyl.	dactylographiée.
Dalloz ou D.	Recueil Dalloz
Dir.	sous la direction.
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
dir.	sous la direction de
éd.	édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
fasc.	fascicule
GACA	Grands arrêts du contentieux administratif
GACE	Grands avis du Conseil d'État
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>ibidem</i>	À l'endroit indiqué dans la précédente citation
JCP	La Semaine juridique
JCP G	La Semaine juridique – Édition générale
JCP E	La Semaine juridique – Édition Entreprise et Affaires
JCP A	La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes.
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MTPB	Moniteur des travaux publics et du bâtiment
n°	Numéro

Not.	notamment
p.	page
pp.	pages
Préc.	précité(e)
Pts.	points
Obs.	Observations
op. cit.	opus citatus (ouvrage précité)
Para.	Paragraphe ou §
OUP	Oxford University Press
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Recueil Lebon) ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, selon la juridiction citée
Rec. t.	Tables du Recueil Lebon
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
Spéc.	spécialement
TA	Tribunal administratif
Tables déc.	Tables décennales du Recueil Lebon
RA	Revue administrative
RAE	Revue des affaires européennes
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RITD	Revue internationale de la théorie du droit
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique ; puis Revue juridique de l'économie publique
RRJ	Revue de recherche juridique – droit prospectif
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDEur.	Revue trimestrielle de droit européen

S.	Recueil Sirey
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
Somm.	Sommaire
Suiv.	suivant
T.P.I.C.E.	Tribunal de première instance des communautés européennes
V.	Voir
vol.	volume

Abréviations anglaises :

AC	Law Reports, Appeal Cases
AJIC	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
ALLER	All England Law Reports
Am. J Comp.L.	American journal of Comparative Law
Am. U.Int'l L Rev.	American University International Law Review
BYIL	British Year Book of International Law
Cardozo L.Rev.	Cardozo Law Review
CLJ	Cambridge Law journal
CLP	Current Legal Problems
CMLR	Common Market Law Reports
CMLR	Common Market Law Review
Crim. LR	Criminal Law Review
DukeL. J	Duke Law journal
EHRLR	European Human Rights Law Review
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
Ent. LR	Entertainment Law Review
EnvLR	Environmental Law Reports
EPL	European Public Law
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWCA Civ.	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWCA Crim.	England and Wales Court of Appeal (Criminal Division)
EWHC	England and Wales High Court
FCR	Family Court Reporter
FinLR	Financial Law Reports

Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HC	House of Commons
HL	House of Lords
HRA	Human Rights Act 1998
HRLR	Human Rights Law Reports
HRLJ	Human Rights Law journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
I. CON	International Journal of Constitutional Law
J.	Justice
JCHR	Joint Committee on Human Rights
JR	Judicial Review
KCLJ	King's College Law journal
LCJ	Lord Chief justice
LGR	Local Government Review
LJ	Lord Justice
LQR	Law Quarterly Review
LS	Legal studies
MLR	Modern Law Review
MR	Master of the Rolls
N. Y. U.L. Rev.	New York University Review
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Osgoode Hall L.J	Osgoode Hall Law journal
PL	Public Law
SJ	Solicitor's Journal
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKHRR	United Kingdom Human Rights Reports
WLR	Weekly Law Reports
YEL	Yearbook of European Law

Abréviations relatives aux organismes et structures :

A.C.R.E.	Agence de coopération des régulateurs de l'énergie.
A.E.M.C.E.	Autorité européenne du marché des communications électroniques.
A.M.F.	Autorité des marchés financiers.
A.R.A.F.	Autorité de régulation des activités ferroviaires
A.R.N.	Autorité réglementaire nationale.
A.R.T.	Autorité de régulation des télécommunications.
A.R.C.E.P.	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
C.A.T.	Competition Appeal Tribunal
C.E.E.R.	Council of european energy regulators.
C.M.F.	Conseil des marchés financiers.
C.N.C.L.	Commission nationale de la communication et des libertés.
C.O.B.	Commission des opérations boursières.
CoRDIS	Comité de règlement des différends et des sanctions de la C.R.E.
C.R.E.	Commission de régulation de l'énergie.
C.S.A.	Conseil supérieur de l'audiovisuel
E.R.G.	European Regulatory Group.
E.R.G.E.G.	European Regulatory Group on Electricity and Gas. Groupe des régulateurs européens de l'électricité et du gaz.
F.S.A.	Financial Services Authority
GEMA	Gaz and electricity market authority.
H.A.C.A.	Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle
H.A.D.O.P.I.	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
IRA	Independent Regulatory Agencies.

I.R.G.	Independent Regulatory Group.
N.D.P.B.	Non-Departmental Public Bodies
N.M.G.D.	Non-Ministerial Government Department.
Ofcom	Office of communications.
Ofgem	Office of gaz and electricity market.
O.F.T.	The Office of Fair Trading
ORR	Office of rail regulator.
Postcom	Postal Commission.

Modalités de citation des jugements du Royaume-Uni :

Depuis le 11 janvier 2001, le Royaume-Uni a adopté un système de citation neutre. Les premières références correspondent à la juridiction qui a rendu la décision. Une fois le jugement publié, s'ajoute à cette référence celle du recueil.

Les décisions citées sont disponibles sur le site Internet :

<http://www.bailii.org>

Les références au droit de l'Union européenne :

Le Traité de Lisbonne, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, apporte un changement important de vocabulaire. L'expression « droit communautaire », utilisée auparavant est remplacée dans le droit positif par l'adjectif « européen » ou l'expression « droit de l'Union européenne ». Pour nous mettre en conformité avec ce changement, nous avons tenté de bannir « droit communautaire » pour privilégier les notions de « droit européen » ou de « droit de l'Union européenne » sauf, bien sûr, dans les citations. Pour éviter toute confusion, nous avons choisi de ne pas utiliser le terme « droit européen » pour désigner le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les systèmes juridiques des démocraties libérales reposaient traditionnellement sur une séparation nette entre les fonctions répressives, de règlement des litiges privés, et l'activité administrative. L'Administration devait alors faire appel au juge répressif pour sanctionner la non-application de ses règlements. Les litiges privés étaient, eux, du seul ressort des tribunaux civils. Ces deux digues, élaborées afin de contenir l'action de l'État et inspirées par l'idée que la séparation des fonctions est le meilleur garant des libertés publiques, ont successivement cédé et le droit administratif s'aventure à présent dans des domaines qui lui ont été longtemps interdits. La doctrine de droit administratif, après avoir résisté fermement et s'être opposée ouvertement à ces évolutions, a fini par se résigner à l'attribution d'un pouvoir répressif propre à l'Administration et accepte désormais que « Le temps est définitivement révolu où la solennité des audiences judiciaires pouvait seule conduire le citoyen au châtiment »². Le juge pénal n'a plus désormais le monopole de la répression et l'Administration cumule dorénavant les pouvoirs de réglementation et de répression. Mais qu'en est-il du juge civil ? Il semble bien que l'ouverture à la concurrence des grands services publics ait amené une innovation dans notre droit administratif puisque le législateur a doté des autorités administratives du pouvoir de résoudre des litiges privés pouvant aller jusqu'à forcer une entreprise privée à contracter. Le bel ordonnancement du droit gagné à force de luttes contre le pouvoir royal le cède aujourd'hui à de nouveaux agencements qui confient de nouvelles prérogatives à l'Administration.

2. Le droit administratif se voit donc aujourd'hui confier des missions que n'avaient certainement pas prévues ses pères. D'inspiration nettement libérale, il avait pour objet le contrôle de la puissance publique, mais aussi, avec la notion de service public, le développement de l'« interdépendance sociale »³. L'évolution contemporaine remet en question les bases de ce droit et l'étude comparative met bien en évidence le caractère global de cette évolution. Le Royaume-Uni, que les juristes de part et d'autre de la Manche se plaisent à différencier nettement de la France, subit la même évolution, quoique selon des chronologies un peu différentes. Le prestige du droit pénal et des tribunaux au Royaume-Uni a réussi à contenir jusqu'à très récemment l'essor des sanctions administratives. Le Parlement de Westminster s'est longtemps gardé d'attribuer un pouvoir de répression autonome à l'Administration qui devait donc saisir les tribunaux pour faire sanctionner le non-respect des règlements. L'intérêt pour les sanctions administratives est donc récent⁴. L'intervention de l'Administration dans les litiges privés est en revanche plus ancienne, mais elle est davantage liée à la nécessité de trouver une solution pragmatique au coût de la justice de *common law*

² V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 9.

³ V. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, 1^{re} éd., Paris, Fontemoing et cie, 1911, p. 100.

⁴ La réflexion sur les sanctions administratives a commencé avec le rapport Macrory (*Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World*, Consultation Document, May 2006). Ce rapport affirme clairement : « In nearly every area of regulation in the UK examined by the review, the core sanctioning tools are the formal notices and prosecutions provided by the criminal law » (p. 12, §1.12).

qu'à un changement des paradigmes du droit⁵. Cette évolution bouleverse au Royaume-Uni aussi les traditions juridiques les mieux établies et montre bien que loin des analyses qui opposent droit de *common law* et droit civil, il y a un socle de principes communs qui subit aujourd'hui les mêmes attaques, les mêmes remises en question.

La fonction contentieuse des autorités de régulation dans le domaine des services publics apparaît donc bien comme une rupture dans les traditions juridiques de ces pays. C'est précisément cette rupture que nous voudrions décrire et expliquer.

3. Le choix d'étudier cette rupture sous l'angle du droit comparé⁶ s'explique par plusieurs raisons. Il permet d'abord de prendre toute la dimension de celle-ci tant pour les pays de droit civil que pour les pays de *common law*. Ce choix permet en outre de comprendre l'influence des droits de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur les traditions juridiques de chaque pays et sur la manière dont ils influencent et conditionnent ces changements. Il est à cet égard intéressant de comparer les mises en œuvre de ces textes pour mettre en évidence la manière dont les traditions juridiques ou les choix d'opportunité permettent d'expliquer certaines solutions. La comparaison⁷ est enfin un instrument privilégié de connaissance, car elle force à s'interroger sur les raisons juridiques profondes qui motivent les choix nationaux. Il faut à cet égard considérer le droit comparé comme « l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national »⁸. Le devoir du comparatiste, dans ce cadre, est de mettre en relief

⁵ Le Royaume-Uni a en effet mis en place des instances administratives, les *tribunals* en charge de résoudre certains litiges privés (les litiges du travail par exemple). Cette solution s'explique par le coût de la justice au Royaume-Uni. V. les dév. plus bas.

⁶ La bibliographie sur le droit comparé est abondante. V. les ouvrages classiques de R. David, C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporain, 11^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002, pp.1 et suiv. ; L.-J. Constantinesco, Traité de droit comparé. La méthode comparative, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1974 ; les cours de droit administratif comparé de J. Rivero (Paris, Cours de droit, v. notamment le cours des années 1954-1955) ; Comparer les droits, résolument, sous la dir. de P. Legrand, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2009, spéc. P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », pp. 209-244 ; K. Zweigert, H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, Partie 1, pp. 49-62 ; H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Droit comparé : Théorie générale et principes, Paris, L.G.D.J., 1978 ; M. Fromont, Droit administratif des États européens, P.U.F., Coll. Thémis, 2006 ; Elgar Encyclopedia of Comparative Law, J. M. Smits (ed.), Maastricht European Private Law Institute, Maastricht University, The Netherlands, Edward Elgar Publishing ; A. J. Van der Helm, V. M. Meyer, Comparer en Droit : Essai méthodologique, Strasbourg, CERDIC Publications, Coll. Recherches institutionnelles, 1991, spéc. pp. 11-46 ; G. Langrod, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », R.I.D.C., 1957, vol. 9, n° 2, pp. 353-369 ; É. Picard, « L'état du droit comparé en France », Revue internationale de droit comparé, oct.-déc. 1999, n° 4, pp. 885-915 ; O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », Revue internationale de droit comparé, avril-juin 2001, n° 2, pp. 275-288 ; P. Legrand, « Comparer », Revue internationale de droit comparé, avril-juin 1996, n° 2, pp. 279-318 ; M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », Revue internationale de droit comparé, janvier-mars 2005, n° 1, pp.7-27 ; L'argument de droit comparé en droit administratif français, sous la dir. de F. Melleray, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, tome 1, 2007 ; Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences, G. Marcou (dir.), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques 1995.

⁷ V. L.-J. Constantinesco définit ainsi cette activité : « opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés » (V. Traité de droit comparé. La méthode comparative (t. 2), Paris, L.G.D.J., 1974, p. 22).

⁸ V. O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », R.I.D.C., 2001, vol. 53, n° 2, pp. 275-288, spéc. p. 287. La définition que J. Rivero donne du droit comparé met en lumière l'apport de cette méthode pour la compréhension du droit national : « Sous le nom "droit comparé", il faut donc entendre seulement une méthode : celle qui consiste à étudier en parallèle des règles ou des institutions juridiques pour les éclairer par ce rapprochement » (J. Rivero, Cours de droit administratif comparé, 1954-1955, Les cours de droit, notamment p. 6).

tant les ressemblances que les dissemblances entre les droits en tentant d'en rendre compte le plus fidèlement possible à partir du « contexte juridique »⁹ qui conditionne certains choix. Il ne s'agira donc pas de prendre prétexte de certaines solutions qui peuvent sembler opportunes dans certains systèmes juridiques afin de s'en servir comme d'un argument¹⁰ pour proposer des réformes, mais au contraire de comprendre les différences et d'interroger chaque solution juridique nationale à l'aune de ce qui se passe ailleurs. L'altérité est aussi, en droit, un moyen privilégié d'accès à soi.

4. Rupture, droit comparé, cette recherche choisit aussi comme angle la régulation, ou plus précisément, ce qu'il est devenu commun aujourd'hui d'appeler, de part et d'autre de la Manche, les « autorités de régulation » sans que ce terme recouvre une réalité bien définie en doctrine. Ce champ de recherche conduit donc à s'interroger sur la transformation de l'intervention de l'État dans l'économie. Cette intervention était traditionnellement analysée sous les deux espèces de la police et du service public. Nous montrerons que la régulation introduit une nouveauté dans ces modalités d'intervention. Le sujet se situe donc au carrefour de deux problématiques que le libéralisme pensait avoir résolu d'une manière satisfaisante : la fonction contentieuse et le rôle de l'État dans l'économie. Nous verrons s'il est d'ailleurs possible de penser ensemble ces changements juridiques.

Avant d'aborder le sujet, la fonction contentieuse des autorités de régulation, il est nécessaire en introduction, de surmonter deux difficultés préalables. D'une part, il faudra justifier l'étude de cet objet (Titre I) ; d'autre part, il sera nécessaire de construire l'objet de cette étude (Titre II), en cerner clairement les frontières.

Titre I – Justification de l'objet de la recherche

Titre II – Construction de l'objet de la recherche

*

* *

⁹ V. O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », art. préc., p. 288.

¹⁰ V. L'argument de droit comparé en droit administratif français, sous la dir. de F. Melleray, Bruxelles, Bruylant, 2007, spéc. F. Melleray, « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », pp. 13-22.

TITRE I JUSTIFICATION DE L'OBJET DE LA RECHERCHE

Cette étude se justifie, car elle met en évidence un changement majeur dans la manière dont un système social choisit de régler ses problèmes, d'aplanir ses différends. Traditionnellement, les systèmes juridiques — en France aussi bien qu'au Royaume-Uni — se sont appuyés sur une branche particulière de l'État, le système juridictionnel, pour résoudre les conflits que générait la vie sociale. Le libéralisme politique a tendu à séparer les activités de création de la norme de celle de régler les différends issus de l'exécution de celle-ci. La fonction contentieuse s'est donc vue attribuée à une branche particulière de l'État, l'organe juridictionnel. Ceci explique que la notion de contentieux soit utilisée pour désigner normalement l'activité juridictionnelle¹¹. En France comme au Royaume-Uni, la construction de l'État de droit s'est donc traduite par une captation de la fonction contentieuse de l'Administration par les tribunaux. L'émergence d'un pouvoir de sanction et de règlement des différends propre à l'administration active a néanmoins entraîné une crise et une remise en question de ce modèle.

Pour justifier l'utilisation du terme contentieux dans notre sujet, il nous faudra donc comprendre la construction de cette notion — comment s'est forgée sa conception dans les deux ordres juridiques étudiés — et la crise que celle-ci a subie. On analysera donc l'histoire de cette notion dans son rapport avec la fonction administrative en deux temps : d'abord unies, ces deux fonctions vont progressivement se séparer (Section 1) ; ensuite, nous analyserons la remise en question progressive de cette séparation avec la consécration progressive d'une fonction contentieuse de l'Administration (Section 2).

*

Chapitre I – La fonction contentieuse et l'Administration : de l'union à la séparation

Chapitre II – La fonction contentieuse et l'Administration : de la séparation à la consécration

¹¹ Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre les titres des manuels sur les recours juridictionnels. Ils s'intitulent tous « contentieux ». En droit privé français, cette matière a un autre nom « droit judiciaire privé ».

CHAPITRE I — LA FONCTION CONTENTIEUSE ET L'ADMINISTRATION : DE L'UNION À LA SÉPARATION

Pour bien comprendre la nouveauté et la spécificité de la fonction contentieuse des autorités de régulation, il est nécessaire d'entreprendre une étude historique de cette fonction pour mettre à jour son contenu : « Le recours à une méthode historique et comparative, affirme Jacques Chevallier, doit conduire au contraire, en relativisant la fonction juridictionnelle, à la situer sur son véritable terrain : ainsi que le démontrent l'histoire et les expériences étrangères, la mission de trancher les litiges sur la base du droit n'est pas nécessairement juridictionnalisée, et il n'est donc pas étonnant que le droit français comporte de multiples traces de cette réalité sociologique »¹². Cette étude permettra de mettre en évidence une grande continuité du contenu de cette notion, car elle a toujours été et elle continue d'être identifiée – aussi bien en France (Section 1) qu'au Royaume-Uni (Section 2) — avec la fonction juridictionnelle.

*

Section 1 – La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse en France

Section 2 – La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse au Royaume-Uni

Section 1 — *La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse en France*

L'étude de la notion de contentieux en France nous a amenés à distinguer deux périodes – encore la limite entre ces deux périodes n'est-elle pas clairement posée. Il nous semble que l'arrêt Cadot¹³ constitue une rupture qui permet d'identifier deux périodes. Cet arrêt bouleverse en effet la conception de la notion, elle la transforme et cette transformation est essentielle pour comprendre l'hostilité contemporaine contre les pouvoirs des autorités de régulation. Ce bouleversement ne doit pas se comprendre comme un changement de sens — au contraire —, mais comme une identification organique définitive de la fonction contentieuse avec une de ses formes, la forme juridictionnelle. Il faut donc distinguer clairement la fonction contentieuse de la forme que celle-ci peut prendre.

¹² V. J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in, Mélanges Stassinopoulos, L.G.D.J., 1974, pp. 275-290, ici p. 276.

¹³ V. Conseil d'État, 13 décembre 1889, Cadot, Recueil Lebon p. 1148, concl. Jagerschmidt (D. 1891.3.41, concl. Jagerschmidt ; S. 1892.3.17, note Hauriou ; Droits, n° 9, 1989, p. 78, J. Chevallier « Réflexions sur l'arrêt Cadot »). Nous prenons cet arrêt comme marque symbolique du changement, mais cela ne signifie pas que c'est cet arrêt qui change tout. Nous montrerons plus bas comment il a été annoncé et comment on peut l'expliquer.

En effet, l'Administration est depuis toujours dotée d'une fonction contentieuse pour résoudre les litiges que suscite son action et afin d'assurer l'exécution des obligations qu'elle édicte. Dans un premier temps, la notion de contentieux est bien identifiée à la fonction juridictionnelle sans que cette identification implique une séparation d'avec l'Administration (§ 1), la fonction contentieuse servant à distinguer au sein de l'Administration les tâches proprement administratives des tâches réellement juridictionnelles. Dans un second temps, l'arrêt Cadot, tout en maintenant l'identification entre les deux notions, va transférer vers la juridiction les missions contentieuses de l'Administration. Cet arrêt inaugure donc la séparation organique du contentieux de l'Administration si bien qu'à partir de là – et en dehors de domaines restreints comme la fiscalité ou le domaine – l'Administration sera réputée ne plus avoir, ne pas pouvoir avoir, de fonction contentieuse (§ 2).

§ 1 — Jusqu'à l'arrêt Cadot : l'assimilation du contentieux et du juridictionnel

Jusqu'à l'arrêt Cadot, l'Administration est dotée de pouvoir contentieux, et, dans l'exercice de ces pouvoirs, elle agit comme un juge. Il faut donc distinguer clairement deux éléments : l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration (I) et la conception de la notion de contentieux (II)

I — L'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration

L'histoire de la notion de contentieux jusqu'à l'arrêt Cadot fait état d'une continuité. Sur ce point encore, la thèse d'Alexis de Tocqueville se vérifie, la Révolution française a « beaucoup moins innové qu'on ne le suppose généralement »¹⁴.

5. Sous l'Ancien Régime, la confusion organique s'explique par le fait qu'au départ le pouvoir est un, et la justice est partie intégrante de l'Administration¹⁵. Les seigneurs et le roi tranchent donc aussi les litiges nés de leur action. Cette situation résulte d'abord de la formule célèbre selon laquelle « Toute justice émane du roi »¹⁶. Mais elle est aussi le résultat d'une volonté délibérée de la monarchie, à partir du XVI^e siècle, de soustraire le contentieux administratif à la compétence du Parlement¹⁷ selon le principe « juger l'administration c'est

¹⁴ V. A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard, Folio histoire, p.80-81

¹⁵ V. J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1^{re} éd., 1985, p. 38. J.-L. Mestre cite deux auteurs à l'appui de son affirmation : P. Ourliac pour lequel « la justice ne peut jamais au Moyen Âge être séparée de l'administration » (« La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge », *Mémoires de la Soc. pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans*, fasc. 34, 1977, spéc. pp.14-15) et G. Sicard, qui affirme que la justice se trouve « à la base du pouvoir des seigneurs » (« Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », *Ann. Fac. de droit de Toulouse*, t. XI, 1963, pp. 74-75).

¹⁶ V. Livre préliminaire aux *Institutes coutumières de Loysel* cité par L. Duguit in « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, p. 99-132, ici p. 102.

¹⁷ Le Parlement est doté sous l'Ancien Régime de compétences judiciaires et extrajudiciaires. Il est issu de la *curia regis*, la différenciation ayant eu lieu au XIII^e siècle (voir P. Sueur, *Histoire du droit public français*, tome II, PUF, Themis droit, 4^e éd., 2007, p. 196 suiv.). Voir aussi les développements de J.-L. Mestre sur la question des conflits entre le Parlement et l'Administration (*Introduction historique au droit administratif français*, préc., p. 182).

encore administrer »¹⁸. Les tentatives pour séparer, au sein de l'Administration, les fonctions contentieuses des fonctions administratives n'auront que peu de succès¹⁹ et, finalement, on constate bien une confusion des fonctions au sein de l'Administration. Cette confusion est en quelque sorte renforcée par la prohibition adressée aux Parlements de connaître des litiges administratifs²⁰.

6. La Révolution française n'a pas modifié fondamentalement ces données. Ceci est paradoxal étant donné les nombreuses critiques dont ce système, sous l'Ancien Régime, avait fait l'objet. Ces critiques étaient concentrées sur la confusion organique, le fait que les intendants étaient à la fois juges et parties²¹. Montesquieu lui-même, inspirateur²² philosophique des révolutionnaires avait attaqué ce système²³. Certains cahiers de doléances mentionnaient aussi ce point²⁴. Malgré cela, les régimes issus de la Révolution assurèrent l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais ils ne se résolurent pas à retirer aux administrateurs leurs compétences contentieuses.

¹⁸ Sous l'Ancien Régime l'auteur d'un texte devait aussi en être l'interprète, selon l'adage *ejus est interpretari cujus est condere*. Ainsi, seul le Roi pouvait interpréter ses ordonnances et édits. Cette analyse a été développée par Henrion de Pansey qui affirme : « En disant qu'il faut être investi de la qualité d'administrateur pour avoir le droit de statuer sur le contentieux administratif, nous n'allons pas assez loin : nous devons ajouter que ce droit n'appartient qu'aux seuls administrateurs, qu'il est dans leur domaine exclusif, et que le juge qui se permettrait de prendre connaissance de ces sortes d'affaires franchirait les bornes de ses attributions, et se rendrait coupable d'un excès de pouvoir » (De l'autorité judiciaire en France, T. Barrois père (Paris), 1818, chap. XXVII, p. 459).

¹⁹ J. Chevallier mentionne la création de commissions pour séparer au sein du Conseil du Roi les fonctions contentieuses et administratives. Il cite ainsi un édit de 1777 créant le « Comité du contentieux des finances », un règlement du 9 août 1789 instituant un « Comité du contentieux des départements » (J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 97, 1970, p. 61).

²⁰ V. de nombreux arrêts du Conseil du Roi attribuant aux intendants la compétence pour connaître des litiges suscités par leur action (voir F. Saint-Bonnet, Y. Sassier, Histoire des institutions avant 1789, Montchrestien, 2008, 3^e éd., n° 378). V. notam. L'Édit de Saint-Germain de 1641 qui interdit aux parlements « de prendre connaissance des affaires d'État et d'administration » (v. S. Soleil, « Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches », in Regards sur l'histoire de la justice administrative, G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, 2006).

²¹ V. les développements de J.-L. Mestre sur ce point, Introduction historique au droit administratif français, préc., n° 132 suiv.. L'expression la plus claire et la plus aboutie de cette critique est contenue dans les dix-huit remontrances adressées par la Cour des aides de Paris au Roi entre 1756 et 1775.

²² Léon Duguit a bien montré à quel point les révolutionnaires étaient imprégnés des idées de Montesquieu : « Dans cette assemblée, passionnément éprise des principes absolus, fermement convaincus de leur efficacité souveraine, la grande majorité écoutait plus favorablement les doctrines des théoriciens politiques, qui demandaient une séparation rigoureuse des pouvoirs et réduisaient le travail constitutionnel à déduire les conséquences de ce principe » (L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », préc. p. 101. Cet auteur cite une phrase de Mounier très éloquente : « Il faut empêcher la réunion des pouvoirs ; il faut que l'Assemblée nationale ne confonde pas les pouvoirs législatif et exécutif ; quand on fera la Constitution on posera des limites sacrées à chacun de ces pouvoirs » (Archives parlementaires, séance du 10 juillet 1789, 1^{re} série, t. VIII, p. 243).

²³ « C'est encore un grand inconvénient dans la monarchie que les ministres du prince jugent eux-mêmes les affaires contentieuses. Nous voyons encore aujourd'hui des états où il y a des juges sans nombre pour décider les affaires fiscales, et où les ministres, qui le croiroit ! veulent encore les juger » (Montesquieu, De l'esprit des lois, Dalibon, 1822, chapitre VI « Que, dans la monarchie, les ministres ne doivent pas juger », p. 292). Il ajoute en note : « Les ministres sont faits pour décider les affaires quand il y a embarras, et non pour les juger quand il y a contestation ».

²⁴ V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p.68 : « Les cahiers de doléances préconisaient des réformes, dont l'inspiration est très claire : il s'agit de supprimer toutes les juridictions administratives et de remettre le contentieux administratif aux tribunaux judiciaires ».

Il est très difficile de comprendre les raisons du refus de remettre les attributions contentieuses de l'Administration aux tribunaux judiciaires et plus encore à un juge quel qu'il soit²⁵. Le premier tribunal mis en place pour juger des litiges administratifs sera un tribunal judiciaire spécial²⁶ ce qui indique bien une tentation première de remettre le contentieux administratif au juge judiciaire. Néanmoins, ce système ne paraît pas satisfaisant aux députés de l'époque qui craignent les juridictions d'exception rappelant trop le système d'Ancien Régime et le pouvoir des Parlements. Les députés sont attachés à l'unité de la juridiction et pourtant ils sont conscients de la spécificité du contentieux administratif. Finalement, le Comité de la Constitution remettra le contentieux administratif à l'administration elle-même²⁷. Pour Jacques Chevallier, ce revirement s'explique par trois éléments. D'abord, par la « méfiance des révolutionnaires à l'égard des tribunaux judiciaires », mais cet élément est sans doute à relativiser²⁸. Ensuite, une raison plus profonde serait la volonté des révolutionnaires de garantir l'efficacité de l'action de l'Administration, de lui conférer une plus grande liberté d'action. C'est aussi l'avis de Jean-Louis Mestre : « le choix effectué par la Constituante exprime le désir de faire échapper les nouvelles administrations à un contrôle traditionnel, mais dont le maintien risquait d'entraver leur action »²⁹. Enfin, pour Jacques Chevallier, il y aurait à l'arrière-plan de cette décision le poids des traditions de l'Ancien Régime. Il est difficile de savoir ce qui l'a emporté. Selon toutes les apparences, le mémoire de Pezous aurait joué, sinon un rôle décisif, du moins un rôle de « catalyseur », dans la remise du contentieux administratif à l'Administration. Il fallait selon Jacques Chevallier surmonter la prévention des députés contre l'Administration. Le mémoire de Pezous a permis de sortir de l'impasse conceptuelle dans laquelle les députés étaient plongés en montrant que « les

²⁵ V. T. Le Yoncourt, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, préc.. Pour cet auteur le choix d'attribuer à l'Administration elle-même la connaissance des litiges qu'elle pourrait susciter ne s'est imposé que progressivement.

²⁶ Certains auteurs comme L. Duguit (« La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Rev. d'économie politique*, 1893, p. 607), D. Serrigny (*Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, A. Durand, 1865, vol.1, p. 71, n° 42 et 43), R. Dareste (*Études sur les origines du contentieux administratif en France*, A. Durand, Paris, 1855-1857, pp. 89 à 93) avancent que ce tribunal serait un tribunal administratif préfigurant l'existence d'une véritable juridiction administrative. Mais J. Chevallier s'inscrit en faux contre cette affirmation. Il cite comme indices de l'appartenance de ce tribunal à l'ordre judiciaire « le fait qu'il soit contenu dans le projet d'organisation judiciaire, les déclarations de Thouret affirmant que le Comité a suivi les principes du rapport Bergasse, les débats dans lesquels les plus fervents défenseurs de l'unité de juridiction critiquent seulement la diversité des tribunaux et ne mentionnent pas le principe de séparation des pouvoirs ». Il conclut en disant « les tribunaux d'administration représentent une simple différenciation fonctionnelle au sein de la juridiction judiciaire » (J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, préc., p. 70).

²⁷ La loi des 16-24 août 1790 en son article 13 dispose que « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction » (Titre II).

²⁸ V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, préc., p. 73. P. Sandevor relativise aussi l'importance de ce facteur. Les révolutionnaires, selon P. Sandevor — citant une phrase éloquente d'A. de Tocqueville — « croyaient en eux-mêmes » (*L'Ancien Régime et la Révolution*, livre 3, chap. 2) si bien que, pour eux, l'ordre nouveau qu'ils allaient instaurer ne pourrait rencontrer l'hostilité des juges (voir P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., *Bibl. de droit public* n° 56, 1960, pp. 45 et 46 et voir l'analyse qu'il fait de cet argument pp. 64 à 67).

²⁹ V. J.-L. Mestre, *Administration, justice et droit administratif*, préc..

administrateurs sont plus propres que les juges à vider ces différends »³⁰. Le contentieux administratif est donc attribué à l'Administration elle-même, car « le contentieux suit l'administration »³¹ aussi bien au niveau central qu'au niveau local. Le contentieux suit bien l'administration, c'est le sens de l'expression « juger l'administration c'est encore administrer », « les difficultés contentieuses sont provoquées par l'action ; en les jugeant, on prolonge, on poursuit cette action et on ne cesse pas d'administrer »³².

Aussi la Révolution réitère-t-elle la prohibition adressée aux tribunaux d'empiéter sur l'action administrative³³ et confie-t-elle aux autorités administratives supérieures le soin d'apprécier la

³⁰ Ce mémoire est cité par J. Chevallier (thèse préc., p. 74 et 75 et « Du principe de séparation au principe de dualité », R.F.D.A. 1990, p. 712). Les archives parlementaires font état d'un discours de Pezous le 9 août 1790 où celui-ci justifie l'attribution aux administrateurs eux-mêmes des contestations que leur action pourrait susciter. Les arguments qu'il avance sont d'abord la rapidité et le caractère bon marché de ce système. Les administrateurs sont en outre dégagés de tout « l'appareil de la chicane ». Il écarte ensuite l'argument sur le risque de partialité en avançant que sous l'Ancien Régime « les tribunaux, le conseil du roi, condamnaient souvent le ministère public ou l'administration ». L'argument final semble être (même s'il est implicite) celui de l'existence des tribunaux d'exception, à abolir selon lui afin que « toutes les affaires qui dérivent de l'administration soient terminées par ces corps administratifs » (Archives parlementaires de 1787 à 1860, Assemblée nationale constituante, du 9 juillet 1790 au 12 août 1790, impr. par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, sous la dir. de M. J. Mavidal et de M. E. Laurent, P. Dupont, Paris, 1875-1889, p. 675). Ainsi, à lire les comptes-rendus des archives parlementaires, la remise du contentieux à l'Administration serait le résultat d'arguments pratiques et en aucun cas d'une conception de la séparation des pouvoirs, Artur dit même une conception « métaphysico-politique de la séparation des pouvoirs » (E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome XVII, p. 244). Cette analyse historique est défendue à l'origine par Artur. Elle offre l'avantage de reposer sur les textes des archives, mais ceux-ci sont tellement elliptiques (en dehors du discours de Pezous) qu'il est difficile de se faire une idée claire sur ce point. Cette position est néanmoins combattue par Duguit dans son traité (t. I, p. 353 suiv.) pour lequel c'est le principe de séparation des pouvoirs qui a inspiré ce choix, et il cite à l'appui de cette thèse de nombreux discours. Il reste que, comme le dit Carré de Malberg, la Constituante n'a pas sur ce point « précisé ses vues avec fermeté », la position de Duguit étant elle-même contradictoire, car il semble difficile de justifier l'attribution du contentieux administratif aux administrateurs eux-mêmes par le principe de séparation des pouvoirs (v. sur ce point R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, tome 2, Édition du CNRS, pp. 115 à 119).

³¹ V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 76.

³² Ibidem, p. 81 ; V. T. Le Yoncourt, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », in Regards sur l'histoire de la justice administrative, préc.. M. Troper fournit une explication supplémentaire à cette solution. C'est la conception révolutionnaire de la fonction juridictionnelle, qui explique l'attribution de la solution des litiges administratifs à l'Administration elle-même. Les tribunaux ne pouvant « statuer que s'ils ont la possibilité de procéder par syllogisme. Il faudrait donc pour que les tribunaux puissent connaître des litiges administratifs que les conduites des administrateurs constituent des faits susceptibles d'être rapportés à une loi, comme la mineure à la majeure d'un syllogisme. Or, en ce sens, seules certaines conduites administratives constituent des faits » (V. M. Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, L.G.D.J., Bibl. constit. et de science politique, tome 48, 1973, p. 172 et p. 197).

³³ Cette prohibition est contenue d'abord dans le décret du 22 décembre 1789 (section 3, article 7), dans l'instruction législative du 8 janvier 1790 et bien sûr dans la loi des 16-24 août 1790 dont l'article 13 du titre II dispose que « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Les griefs que la Révolution adressait au pouvoir judiciaire sont bien résumés par Thouret : « Un des abus qui ont dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion des fonctions qui lui sont propres avec les fonctions incompatibles et incommutables des autres pouvoirs publics... Rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement et en inquiétait les agents... Les ministres de la Justice distributive ne doivent point se mêler de l'administration, dont le soin ne leur est pas confié » (présentation à la Constituante du projet de loi sur l'organisation judiciaire, le 24 mars 1790 in J. Mavidal et E. Laurent, Archives parlementaires,

validité des actes administratifs³⁴. « La séparation de l'administratif et du judiciaire devenait radicale dissociation de l'administratif et du juridictionnel » puisqu'en effet « une lecture radicale de ce texte l'emportera immédiatement »³⁵.

On se retrouve donc toujours, après la Révolution, avec une fusion des fonctions administrative et contentieuse. L'Administration, malgré la création du Conseil d'État, va garder la haute main sur le traitement des litiges³⁶. Mais le choix d'un organe pour le traitement des litiges administratifs ne préjuge en rien du contenu de la notion de fonction contentieuse. Qu'en est-il de ce contenu ? Pour être attribuée à l'Administration, la fonction contentieuse en perd-elle sa spécificité ? Malgré la confusion des fonctions, la fonction contentieuse gardera une spécificité très nette tout au long de la période et ne sera pas assimilée à la fonction administrative. Au contraire, la fonction contentieuse des administrateurs sera identifiée à la fonction juridictionnelle, ouvrant ainsi la porte à la théorie du ministre-juge.

II — *La conception de la notion de fonction contentieuse*

7. Tout au long de la période, la confusion organique, que ne dissipera pas la Révolution, s'accompagne d'une « différenciation fonctionnelle »³⁷. La notion de contentieux sert à identifier la fonction juridictionnelle des administrateurs. Juger « consiste seulement à trancher des difficultés contentieuses, ce qui permet d'attribuer la qualité de juge à toute personne statuant sur un litige »³⁸. C'est donc le caractère contentieux de la contestation qui

1re série, t. 12, Paris, Dupont, 1881, p. 344, cité par J.-L. Mestre, « Administration, justice et droit administratif », in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328. Voir aussi F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, Thémis, 1995, pp. 44 à 47 ; P. Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, Mél. Chapus, Montchrétien, 1992 ; V. le dossier spécial du n° 5/1990 de la R.F.D.A. sur la dualité de juridictions en France et à l'étranger avec notamment, pour les analyses historiques, les contributions de G. Vedel (« La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », p. 698), de J. Chevallier (« Du principe de séparation au principe de dualité », p. 712) et de F. Burdeau (« Les crises du principe de dualité de juridictions », p. 724).

³⁴ L'article 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 dispose que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles seront portées au roi, chef de l'administration générale ». J.-L. Mestre donne la signification que les contemporains attribuèrent à cette disposition : « il apparaît certain qu'elle a voulu confier au roi, et non aux tribunaux, la faculté de se prononcer sur les réclamations visant à faire annuler un acte administratif à cause de l'incompétence de son auteur » (J.-L. Mestre, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *Études et documents du Conseil d'État*, Paris, Documentation française, n° 43, 1991, pp. 281-298).

³⁵ V. B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, P.U.F., 2008, p. 19.

³⁶ La réforme de l'an VIII qui institue le Conseil d'État (l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII dispose que : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ») manifeste la prise de conscience de la nécessité de séparer le contentieux de l'action et ce système est présenté comme un juste milieu entre les différents modèles qui se proposaient aux révolutionnaires. Mais la séparation n'est pas encore achevée puisque l'article 52 de la Constitution donne l'autorité finale en la matière à l'exécutif et ce n'est qu'en 1872 que ce principe, la justice retenue, sera aboli.

³⁷ V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *passim*, entre autres p. 70.

³⁸ V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, préc., p. 131. J.-L. Mestre cite un texte qui permet de corroborer l'affirmation de J. Chevallier : « Ordonne en outre Sa Majesté que toutes les contestations qui pourront survenir sur l'exécution du

suffit à définir la fonction juridictionnelle de l'administrateur. Pierre Sandevor montre bien que la notion de recours contentieux comprend les « recours fondés sur la violation d'un droit subjectif », lesquels « couvrent la totalité du contentieux administratif et, corrélativement, le contentieux administratif ne comprend que le contentieux des droits »³⁹. Il faut donc une réclamation fondée sur la violation d'un droit. Cette définition permet de tisser un lien étroit entre la notion de contentieux et celle de juridiction : « la fonction juridictionnelle consiste essentiellement à trancher des problèmes contentieux, et les décisions rendues en matière contentieuse sont de véritables jugements »⁴⁰. Cette analyse est confortée par Raymond Carré de Malberg qui a bien montré l'importance de cette conception dans la théorie du ministre-juge : « Auteurs et arrêts étaient, en effet, dominés par la théorie matérielle qui définit la juridiction [comme] une fonction consistant à dire le droit. De ce que le ministre dit le droit comme un juge, on concluait qu'il est juge »⁴¹. On peut voir une expression de cette assimilation chez Macarel par exemple : « les décisions des ministres prises en matière contentieuse, et dans les limites de leur compétence, ont le caractère, la force et les effets des jugements »⁴². L'arrêt Chenantais du 22 mai 1813 est révélateur et très éclairant : « La décision de notre ministre des finances, sauf recours au Conseil d'État, est maintenue ; le sieur Chenantais est renvoyé à se pourvoir si bon lui semble, devant le ministre à l'égard des chefs de sa réclamation sur lesquels il n'a pu être statué »⁴³. Dès lors, l'Administration, lorsqu'elle est amenée à trancher des problèmes contentieux, exerce une fonction juridictionnelle et rend donc des jugements. Cette conception matérielle de la fonction juridictionnelle permet d'expliquer la théorie du ministre-juge⁴⁴.

présent arrêt (...) seront portées devant l'intendant, pour être jugées par lui (...) (Introduction historique au droit administratif français préc., n° 125, p. 192).

³⁹ V. P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, L.G.D.J. 1964, BDP n° 56, p. 143. La notion de recours contentieux est analysée avec celle naissante de recours pour abus de pouvoir pages 139 à 143.

⁴⁰ V. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, préc., p. 137.

⁴¹ V. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, Éd. du CNRS, Paris, 1920-1922, pp. 796 et 797 et note 24.

⁴² V. L.-A. Macarel, *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Roret, 1828, p.137, n° 65. Il ajoute plus bas : « Toutes les fois que, par un acte de son autorité, un ministre porte atteinte à des droits ou des intérêts privés, il y a décision contentieuse, et par conséquent, juridiction contentieuse exercée » (p. 137, n° 66).

⁴³ Conseil d'État, 22 mai 1813, Chenantais, R.I., p. 446 cité par J.-F. Brisson, *Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, L.G.D.J., 1996, Bibli. de droit public, 185, p. 64. Cet auteur identifie trois autres arguments qui permettent de justifier à l'époque le caractère juridictionnel des décisions des ministres. C'est d'abord la nécessité d'un double degré de juridiction ; ensuite, l'analyse des effets de ces décisions qui acquièrent « par l'expiration du délai de recours au Conseil d'État la même fixité que les jugements des tribunaux » (D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, A. Durand, 1865 p. 186) ; enfin, la théorie de l'État débiteur selon laquelle seule l'autorité administrative est compétente pour faire déclarer l'État débiteur, qui permettent de justifier leur nature juridictionnelle. J.-F. Brisson avance une dernière idée liée à l'organisation hiérarchique de l'administration française qui permet au ministre de trancher les litiges nés de l'action de ses subordonnées. Ce système « n'a d'autres fondements politiques que la volonté de servir le pouvoir hiérarchique des ministres » (*Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, préc., p. 66).

⁴⁴ V. les dév. de G. Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », V. T. Le Yoncourt, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, préc..

Conclusion du § 1

Aussi, la confusion entre le contentieux et le juridictionnel et l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration ont-elles contribué à faire de toute une partie de l'Administration active une véritable juridiction, ce qui n'était effectivement « pas acceptable »⁴⁵. La rencontre de choix contingents⁴⁶ et d'une conception immuable de la juridiction a contribué à poser les bases de cette théorie. L'arrêt Cadot va porter un coup définitif à cet état de fait.

§ 2 — L'arrêt Cadot : la séparation du contentieux de l'Administration

L'évolution qui va conduire insensiblement à l'affaiblissement et à la disparition de la théorie du ministre-juge commence avec l'émergence de critiques qui prennent cette théorie pour cible (I) et aboutissent à séparer la fonction contentieuse de l'Administration (II).

I — La critique de la théorie du ministre-juge

8. La critique de la théorie du ministre-juge ne va pas changer la substance des notions. Elle va entraîner la naissance d'un principe de séparation de la fonction contentieuse et de la fonction administrative⁴⁷.

Ce n'est que vers 1860 que cette théorie va commencer à perdre de sa force. Jacques Chevallier, à la suite d'Édouard Laferrière, attribue au conseiller d'État Bouchené-Lefer la première attaque contre cette théorie⁴⁸. Les débats de l'époque sur l'administrateur-juge permettent-ils de mieux distinguer la notion de contentieux en lui donnant une signification propre, différente de la fonction juridictionnelle ? Il faut en douter. En réalité, la notion de contentieux va continuer à garder le même sens, mais elle va servir le projet des opposants à la théorie du ministre-juge pour justifier la séparation des fonctions. Elle est au centre de l'argumentation des opposants, elle reste le pivot de leur raisonnement. En effet, on se rend bien compte à la lecture des articles de Bouchené-Lefer que celui-ci reste attaché à une

⁴⁵ V. B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, préc., n° 4, p. 19.

⁴⁶ V. F. Burdeau met bien en évidence le caractère pratique, « d'opportunité » du choix de conférer à l'Administration le traitement des litiges que son action peut susciter (F. Burdeau, *Histoire de l'Administration*, préc., p. 49).

⁴⁷ Ce principe peut aussi s'expliquer par une modification du sens de la théorie de la séparation des pouvoirs au cours du XIX^e siècle. M. Troper a mis en évidence dans la conclusion de sa thèse que, sous la Monarchie de Juillet, naît la « théorie moderne de la séparation des pouvoirs » qui « implique spécialisation et indépendance des autorités ». Cette radicalisation pourrait expliquer que la théorie du ministre-juge soit apparue de plus en plus comme une monstruosité.

⁴⁸ V. M. Bouchené-Lefer, « De la justice administrative », *Revue pratique de droit français*, pp. 354 à 381. Il analyse de très près les textes et la jurisprudence et conclut p. 381 : « La raison qui a fait choisir et assigner dans l'un ou l'autre cas une juridiction plutôt que l'autre, nous croyons l'avoir donnée ; mais, dans tous les cas, cette différence repose sur des textes et non sur de prétendues explications qui n'ont pas l'ombre, ni assurément la consistance d'une explication véritable ». Il reprendra son analyse dans deux articles « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives — ou du contentieux et du non-contentieux administratif », *Revue pratique de droit français*, 1964, pp. 433 à 467 où il montre la différence entre « administrer et juger » qui « ne sont pas, quoi qu'on en ait dit, une seule et même chose, ni une opération identique » (p. 434). Le second article est publié dans la même revue en 1865, pp. 145 à 183.

conception matérielle de la fonction juridictionnelle. Son article sur la distinction entre le contentieux et le non-contentieux est à cet égard très éclairant. Ce conseiller d'État établit une équivalence entre les notions de contentieux et de juridiction et les notions de non-contentieux et d'autorité. Les décisions prises en matière contentieuse relèvent de la juridiction⁴⁹. Au total, « il reste très attaché à la définition de la juridiction par le contentieux »⁵⁰. Macarel critique aussi les « vices » de cette institution⁵¹. Il appuie sa démonstration sur la pensée de Montesquieu et sa conception de la séparation des pouvoirs. L'auteur de *De l'esprit des lois* défend en effet la nécessité de séparer puissance de juger et pouvoir exécutif ; cette nécessité est, aux yeux de Macarel, à la base de la création du juge administratif. Léon Aucoc enfin, s'en prend lui aussi l'institution du ministre-juge en recourant à la notion de contentieux. Cette notion permet seule, pour cet auteur, de délimiter la compétence des juridictions. Il définit ainsi la notion de juridiction par l'existence d'une réclamation et d'un droit lésé, définition qui renvoie à la notion de contentieux. L'acte juridictionnel comprend donc toutes les réclamations qui portent sur une décision qui « touche un droit »⁵². C'est la même définition que donnent Macarel⁵³, Vivien⁵⁴ et Dareste⁵⁵.

9. L'élaboration de ces critiques a tout de suite une conséquence pratique. Tout en faisant un lien entre juridiction et contentieux, cette définition d'Aucoc permet de réduire la compétence des ministres-juges au traitement d'une contestation. Les décisions ministérielles qui ne se prononcent pas sur une contestation perdent donc le caractère de jugement. La théorie d'Aucoc sera accueillie par le Conseil d'État⁵⁶. De surcroît, cette remise en question

⁴⁹ Il développe plusieurs critères pour établir la différence entre les deux sphères. Il étudie d'abord les demandes qu'il différencie des réclamations que l'on peut porter devant l'autorité supérieure ou les tribunaux : « Mais, si toutes demandes, quelle qu'en soit la nature et quel qu'en soit l'objet, doivent être adressées d'abord à l'autorité, il s'ensuit nécessairement que les réponses à ces demandes sont, dans tous les cas, des actes d'autorité, non des actes de juridiction. Parmi ces réponses, les unes, comme nous le verrons, ne sont susceptibles d'aucun recours ; les autres ne peuvent être déférées qu'à l'autorité supérieure hiérarchique. D'autres peuvent être l'objet de réclamation ou de recours devant la juridiction administrative inférieure ou supérieure. D'autres enfin peuvent donner lieu à action devant les tribunaux judiciaires » (M. Bouchené-Lefer, « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative — ou du contentieux et du non-contentieux administratif », préc., p. 467). Il étudie les « actes de propre mouvement » (M. Bouchené-Lefer, « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative — ou du contentieux et du non-contentieux administratif », Rev. Pratique de droit français, 1968, I, t. 19, pp. 145 à 183, ici p. 145).

⁵⁰ V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 155.

⁵¹ V. L.-A. Macarel, Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, préc., p. 140 et suiv..

⁵² « Il ne faut pas s'en tenir à la superficie des choses et considérer comme acte de juridiction toute décision qui touche un droit, qui le blesse et qui peut donner lieu à réclamation par la voie contentieuse. Un jugement est une décision sur un litige, et pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause dont chacune a des prétentions opposées » (L. Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées, vol. 1 [Organisation et attributions des pouvoirs publics], Dunod, 1869, 1re éd., p. 459).

⁵³ « Le contentieux en administration existe, dès qu'il y a une réclamation formée au nom de droits ou d'intérêts privés qu'un acte administratif a lésés » (L.-A. Macarel, Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, préc., p. 130).

⁵⁴ A. F. Vivien, Études administratives, Librairie de Guillaumin, Tom. 1, 1859, p. 121 suiv..

⁵⁵ R. Dareste, La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration, Durand, 1862 : « On peut donc dire d'une manière générale que tout acte qui porte atteinte à un droit peut être attaqué par la voie contentieuse » (p.221).

⁵⁶ J. Chevallier cite les conclusions de deux commissaires du gouvernement Gomel et Le Vavas seur de Précourt qui s'appuient sur Aucoc et Batbie pour affirmer que « les décisions prises par les ministres ne sont pas toutes des jugements, et qu'elles n'ont le caractère d'actes de juridiction, que lorsqu'elles prononcent sur un litige, c'est-à-dire sur un débat déjà né » (conclusions Gomel sur C.É., 20 février 1880, Carrière, Rec. p. 188 et

va permettre au Conseil d'État, dépositaire depuis la loi du 24 mai 1872 de la justice déléguée, d'affirmer sa compétence unique en tant que juridiction administrative de droit commun. Le revirement est dû à l'action de Laferrière⁵⁷ et commence en 1880⁵⁸. C'est finalement l'arrêt Cadot de 1889 qui va porter le coup de grâce à cette théorie et conférer sa physionomie « moderne » à la notion de contentieux. Le Commissaire Jagerschmidt⁵⁹ va demander au Conseil d'État d'abandonner définitivement cette théorie en allant au « terme logique de l'évolution »⁶⁰ de la jurisprudence pour des raisons qu'il est important de rapporter, car elles manifestent une certaine conception que l'on a pu voir ressurgir lors des débats sur les pouvoirs de sanction des autorités administratives indépendantes. En dehors de la raison tirée du caractère inopportun de la sorte de tutelle de l'État sur les communes que cette théorie entraînerait dans ce cas⁶¹, cette théorie est contraire aux principes qui régissent la dispensation d'une bonne justice, car la décision du ministre n'est entourée d'aucune garantie procédurale⁶² et ne repose en outre sur aucun texte ni aucun principe. Hauriou ne s'est pas trompé sur la portée de cet arrêt dans sa note et la translation du contentieux qu'il opère : « On peut désormais considérer comme reconnu par la doctrine et la jurisprudence, ce principe absolument opposé à celui qui avait prévalu pendant de longues années, que le Conseil d'État est le juge de droit commun en matière de contentieux administratif »⁶³. En

conclusions Le Vavasseur de Précourt sur Bansais, Rec. 1881, p. 433 citées par J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 221).

⁵⁷ Cette influence est attestée par Laferrière lui-même, président de la section du contentieux de 1879 à 1886, mais aussi par la lecture des conclusions du Commissaire Jagerschmidt qui cite abondamment cet auteur. Comme le dit P. Gonod : « Il apparaît indispensable à Laferrière que la juridiction administrative soit confiée à un organe — ou à une catégorie d'organes — qui, outre qu'il soit tenu au respect de formes et de procédures propres à garantir un examen impartial des affaires, n'exerce pas des fonctions d'administration active : l'intervention des administrateurs actifs dans le jugement des litiges est injustifiable dès lors que l'on prétend soumettre l'administration au droit » (P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, L.G.D.J., Bibl. de droit public n° 190, p. 70 à 76). Laferrière entreprend de montrer le manque de fondement textuel de cette théorie (Traité, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, L.G.D.J., 1989, 2^e éd., tome 1^{er}, pp. 400 à 413, « Les ministres ont-ils un pouvoir de juridiction »)

⁵⁸ La doctrine situe le début du revirement du Conseil d'État en 1852 (voir P. Landon, Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue, Sirey, 1942, p. 109, n° 71 ; R.-J. Dupuy, « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1950, pp. 510-511). D'abord, le Conseil d'État retire à certaines décisions ministérielles leur aspect juridictionnel dans l'arrêt Carrière (Conseil d'État, 20 février 1880, Rec. p. 187) ; il accepte ensuite de connaître de certains recours directs contre des décisions administratives comme une décision préfectorale (C.É., 13 avril 1881, Bansais, Rec. p. 430). Voir le détail de la jurisprudence in J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 225 suiv..

⁵⁹ Concl. Jagerschmidt S., 1891, 5^e cahier, 3^e partie, p. 41 suiv..

⁶⁰ Ibid., p. 42.

⁶¹ Le Sieur Cadot cherchait en effet à contester la suppression de son emploi d'ingénieur-directeur de la voirie. S'étant vu refuser l'attribution de dommages et intérêts par la Mairie et ayant dû subir les déclarations d'incompétence des tribunaux judiciaires et des Conseils de préfecture il s'était tourné vers le ministre de l'Intérieur qui refusa de faire suite à sa demande. Il déféra donc cette décision au Conseil d'État. Comme le remarque le Commissaire du gouvernement, cette affaire « est une de celles où la compétence ministérielle se justifie le moins facilement » puisqu'« il n'est pas douteux (...), que, lorsque le maire agit dans la sphère des intérêts purement locaux, des intérêts pécuniaires de la commune, il ne peut être considéré comme le subordonné du ministre ». Il ajoute que « l'absence d'autorité hiérarchique a pour conséquence nécessaire la suppression de la prétendue juridiction ministérielle ».

⁶² Jagerschmidt cite à ce titre la publicité, les droits de la défense et en particulier le caractère contradictoire de la procédure ; en résumé cette décision est prise « en dehors de toutes les formes judiciaires » (concl. préc.)

⁶³ S. 1891, 5^e cahier, 3^e partie, p. 41 suiv.. Pour un compte-rendu de la réception doctrinale de cet arrêt voir J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 228 suiv..

effet, en affirmant que le refus du maire et du conseil municipal de Marseille a fait naître « entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître », l'arrêt fait bien le lien entre l'existence d'un litige, d'une contestation et la compétence de la juridiction administrative.

La période qui mène à l'arrêt Cadot aboutit donc au transfert de la fonction contentieuse de l'Administration vers la juridiction administrative. À cette époque émerge donc une séparation des fonctions contentieuse et administrative et, conceptuellement, une identification du contentieux et du juridictionnel.

II — L'identification de la fonction contentieuse avec la fonction juridictionnelle

À la fin du XIX^e siècle, à l'assimilation des fonctions juridictionnelle et contentieuse va s'ajouter une identification organique si bien que progressivement la notion de contentieux ne va plus servir qu'à désigner les recours et les procédures juridictionnelles.

10. La seule tentative conceptuelle pour séparer les deux notions n'aura pas de postérité⁶⁴. Il s'agit de la tentative de Laferrière de renouveler la séparation des notions de juridiction et de contentieux⁶⁵. Laferrière, tout en élargissant la notion de contentieux afin de pouvoir y faire entrer le recours pour excès de pouvoir⁶⁶, ajoute un critère organique à cette notion. La notion de juridiction ne peut se définir seulement par un critère matériel — l'existence d'un litige —, elle doit aussi accueillir un critère organique, le recours à une juridiction. Pour É. Laferrière, estime Pascale Gonod, « l'acte par lequel une autorité tranche un litige n'est juridictionnel qu'en tant que cette autorité peut être qualifiée de juridiction »⁶⁷. Les ministres, comme les juridictions, exercent donc une fonction contentieuse, qui a un caractère administratif ; il s'oppose donc résolument à l'idée que « les attributions importantes qui appartiennent aux ministres en matière contentieuse [sont] des attributions d'ordre juridictionnel »⁶⁸. Il faut donc nécessairement reconnaître l'existence d'un « continuum » de la fonction contentieuse commune à l'Administration et aux juridictions, mais ce qui distingue résolument le contentieux devant l'administration du contentieux juridictionnel est précisément l'existence dans le second cas d'une juridiction. Mais ici Laferrière ne va pas assez loin dans la définition du critère organique de la juridiction, il « n'a dégagé qu'implicitement et a contrario les exigences organiques et formelles qui s'imposent en soi à toute juridiction »⁶⁹. Il « a le mérite de souligner la nécessité de retenir un critère organique pour définir la notion de juridiction.

⁶⁴ V. P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 190, 1997, pp. 72 à 76.

⁶⁵ V. P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, Paris, L.G.D.J., 1997, Bibl. de droit public n° 190, Chapitres 1 et 2.

⁶⁶ Sous la plume de cet auteur, cette notion englobe finalement « l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi », « l'ensemble des contestations juridiques auxquelles donne lieu l'action administrative ». V. É. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, L.G.D.J., 1989, reprod. de la 2^e éd., tome 1^{er}, p. 8 et 10.

⁶⁷ P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, préc., p. 73.

⁶⁸ É. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, préc., p. 15.

⁶⁹ J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 233.

Cependant, il ne parvient pas à déterminer dans l'absolu quelles sont les conditions auxquelles doit satisfaire un organisme pour être qualifié de juridiction »⁷⁰.

Laferrière est malgré tout le seul à effectuer une telle distinction. Rapidement les deux notions vont retrouver leur unité première, mais le terme contentieux ne va plus servir qu'à désigner les recours juridictionnels et il semble bien que la définition du terme contentieux prenne à cette époque son dernier sens. On remarque, explique Jacques Chevallier, une « confusion des notions après Laferrière »⁷¹, par exemple chez Artur⁷² et Marie⁷³, mais aussi chez Hauriou, Duguit et Jèze. La même assimilation se retrouve chez Hauriou, qui définit le contentieux comme « contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public, afin que celui-ci y trouve une solution pacifique »⁷⁴. La définition sociale qu'Hauriou donne du contentieux comprend trois critères dont le dernier est justement le recours au juge⁷⁵. Ce n'est pas que les notions sont « identiques » comme le dit Jacques Chevallier, mais plutôt qu'avec Hauriou il ne peut y avoir contentieux que s'il y a juge. Duguit résume d'ailleurs bien la pensée d'Hauriou en disant « dans la pensée de l'auteur, il n'y a juridiction que là où il y a contentieux »⁷⁶. Duguit, fidèle à sa méthode de définition matérielle des actes juridiques, donne lui une acception plus large à la notion de juridiction puisqu'il affirme qu'Hauriou a eu « tort de parler de contentieux seulement. En fait et rationnellement, l'autorité peut juger sans qu'il y ait litige et elle juge sur le droit objectif comme sur le droit subjectif »⁷⁷. Il définit donc logiquement l'acte de juger non plus par l'existence d'un contentieux, mais ainsi : « Juger, c'est constater soit l'existence d'une règle de droit, soit l'existence d'une situation de droit »⁷⁸. Enfin Jèze, quant à lui, laissant de côté les éléments formels qui permettraient de définir l'acte juridictionnel, propose une définition centrée sur deux éléments : la constatation et la force de vérité légale. L'acte juridictionnel comprend d'abord une constatation ayant force de vérité légale (« la certification d'une chose comme vérité légale »⁷⁹). L'autorité de chose jugée n'appartient qu'à l'acte juridictionnel. Mais il emploie les notions de contentieux

⁷⁰ P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, préc., p. 76.

⁷¹ J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 233.

⁷² E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (4^e article) », R.D.P. 1900, II, pp. 236 à 280, spéc. p. 246. Les critères qu'E. Artur donne pour définir le contentieux administratif sont d'une part l'existence d'une matière contentieuse « c'est-à-dire un droit violé » et d'autre part le règlement de ce litige par une « autorité contentieuse (juridictionnelle) ». Il ajoute deux critères : l'autorité contentieuse doit être distincte de l'autorité judiciaire et la victime doit avoir saisi l'autorité.

⁷³ L. Marie, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1901, II, pp. 265 à 296 particulièrement 2^e partie, La nature contentieuse du recours pour excès de pouvoir. Cet auteur identifie complètement ces deux notions. Le recours contentieux est ainsi un « appel fait à l'intervention d'un juge » (p. 277). Il cherche d'ailleurs à démontrer la nature proprement contentieuse du recours pour excès de pouvoir.

⁷⁴ M. Hauriou, « Les éléments du contentieux », Rec. de législation de Toulouse, 1905, pp. 1 à 98 ici §1 p. 13.

⁷⁵ Les deux autres critères sont l'existence d'une contestation et l'acceptation de l'instance.

⁷⁶ L. Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », R.D.P. 1906, pp. 413 à 471 ici p. 450.

⁷⁷ Ibid., p. 450.

⁷⁸ Ibid.. Il précise plus loin sa pensée : juger c'est « prendre une décision qui est la conséquence logique et nécessaire de la constatation du droit subjectif ou du droit objectif » (p. 451).

⁷⁹ V. G. Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », R.D.P. 1909, pp. 667 à 695, ici p. 668. Dans un article ultérieur G. Jèze reprendra cette recherche et affirmera nettement : « L'acte juridictionnel est une constatation faite par le juge avec force de vérité légale » in « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », R.D.P. 1913, pp. 437 à 502, ici p. 437.

et de juridictionnel comme des synonymes⁸⁰. Roger Bonnard par la suite remettra la notion de contestation au cœur de l'acte juridictionnel⁸¹.

La conséquence de cette fusion des fonctions contentieuse et juridictionnelle est l'apparition du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'Administration active. La portée de ce principe « logique » et sans fondement textuel pour Jacques Chevallier⁸², est en réalité la séparation du contentieux de l'Administration. Cette séparation est l'œuvre de la doctrine comme le rappelle Léon Michoud : « Le progrès patiemment poursuivi par les générations de juristes qui se sont succédé en France [...] a consisté à séparer dans l'Administration le pouvoir de juger du pouvoir d'administrer »⁸³. Nous verrons que la doctrine a aussi joué un rôle essentiel dans la juridictionnalisation des autorités de régulation en France.

11. La fusion du contentieux et du juridictionnel eut pour conséquence juridique que lorsque le Conseil d'État se trouvait face au problème de la qualification d'un organe — juridiction ou autorité administrative — le critère de la contestation put être un élément décisif de qualification : « dès lors qu'il n'y a pas contestation ou litige, affirme Michel Degoffe, le Conseil d'État exclut qu'il puisse y avoir juridiction »⁸⁴. L'arrêt De Bayo, pour cet auteur, a consacré toutefois un reflux de l'importance de la notion de contestation.

Conclusion de la Section 1

Au terme de cette analyse, on voit bien que non seulement l'arrêt Cadot fait triompher la conception matérielle de la fonction juridictionnelle, mais aussi qu'il génère une séparation des fonctions contentieuse et administrative en cantonnant « les administrateurs dans l'exercice de la fonction administrative »⁸⁵. On aboutit par conséquent, à la fin du XIX^e siècle, à la négation de la fonction administrative contentieuse. La juridiction administrative se construit par le transfert de la fonction contentieuse de l'Administration vers cette juridiction.

⁸⁰ *Ibid.* p. 695 : « En réalité, on peut simplifier et distinguer seulement deux sortes de contentieux et de recours juridictionnels... ».

⁸¹ V. R. Bonnard, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in Mélanges R. Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, pp. 3 à 29. « L'acte juridictionnel serait cet acte qui, provoqué par une contestation relative à un droit subjectif contesté ou violé, aurait pour objet de faire cesser cette contestation en opérant une constatation sur la question de droit posée et en y ajoutant, le cas échéant, une certaine décision comme conséquence logique de la contestation » (p. 29).

⁸² V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., spéc. introduction.

⁸³ V. L. Michoud, Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, p. 194, cité par J. Chevallier, L'élaboration historique, préc., p. 30 suiv.. La suite du texte de Michoud montre bien que la séparation du contentieux de l'Administration répond bien à une volonté délibérée de protéger les individus : « Ce qu'on a voulu, c'est que les corps administratifs chargés de juger soient, comme les tribunaux judiciaires, les représentants de l'impartialité, de l'impassibilité de la loi. C'est pour cela qu'on leur a appliqué les règles générales du pouvoir judiciaire (...) Ce n'est pas uniquement la bonne administration qui est intéressée dans la question. C'est aussi la justice. La confusion entre le pouvoir de juger et le pouvoir d'administrer, dangereuse pour les droits privés si ces pouvoirs sont réunis entre les mains de l'administrateur, est également périlleuse s'ils sont réunis entre les mains du juge (p.31).

⁸⁴ V. M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 186, 1996, spéc. p. 79. Mais, ajoute Michel Degoffe, lorsqu'il y a contestation, il n'y a pas forcément juridiction (préc., p. 79).

⁸⁵ V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, préc., p. 243.

Qu'en est-il à présent au Royaume-Uni ? On verra que partant de données tout à fait différentes, de lignes de force spécifiques, la conception de la fonction contentieuse n'est pourtant pas éloignée de la française. L'un et l'autre pays s'étant construit, d'ailleurs par des échanges intellectuels réciproques, sur l'idée de séparation des pouvoirs et sur l'identification de la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle, ce résultat n'est pas étonnant.

Section 2 — *La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse au Royaume-Uni*

12. La première étape de cette recherche doit commencer par l'identification de l'équivalent anglais de la notion de contentieux. Il est donc nécessaire au préalable d'en dégager l'objet pour en trouver un équivalent et d'expliquer la conception britannique de cette notion. L'équivalent anglais serait le terme *litigation* et il est d'ailleurs intéressant de constater l'extrême réticence à parler dans les pays de *common law* d'*administrative litigation* pour désigner les procédures devant l'administration⁸⁶. Le terme *litigation* n'est utilisé que pour les procédures juridictionnelles. Aux États-Unis en revanche, l'expression d'*administrative litigation* peut se rencontrer sous la plume de la doctrine. L'étymologie du terme *litigation* renvoie au litige et les définitions du dictionnaire font immédiatement le lien avec l'instance juridictionnelle⁸⁷, si bien que l'expression « *administrative litigation* » prend la plupart du temps le sens de « contentieux administratif » tel qu'on l'emploie traditionnellement en France⁸⁸, c'est-à-dire en l'associant à la procédure juridictionnelle.

On constate, sur le plan conceptuel, une assimilation de la fonction contentieuse à la juridiction (§ 1), et, sur le plan organique, une séparation récente des fonctions administratives et contentieuses (§ 2).

§ 1 — Au niveau conceptuel, l'assimilation du contentieux et du juridictionnel

13. La doctrine anglaise fait de l'existence d'un litige un critère essentiel de la fonction juridictionnelle, l'existence d'un litige impose le recours au juge. Le principe de séparation des pouvoirs est à la racine de l'attribution de la connaissance des litiges aux juridictions. Les Commentaires de Blackstone illustrent ce point de manière frappante : « Il est probable, et presque certain, affirme l'éminent juriste, qu'en des temps très reculés, nos rois en personnes

⁸⁶ On trouve parfois l'expression *administrative process* : V. l'ouvrage fondateur de J. M. Landis, *The administrative process*, New Haven, Yale University Press, 1947.

⁸⁷ « 1. *The action or process of carrying on a suit in law or equity; legal proceedings; in pl., kinds of litigation. in litigation: in process of investigation before a court of law* » (Oxford English Dictionary, 2^e ed., 1989, entrée : *litigation*). L'anglais utilise le terme *contentious* dans l'expression juridique *contentious jurisdiction* qui signifie : « *the right of jurisdiction in causes between contending parties* » (Oxford English Dictionary, préc., entrée : *contentious*). L'étymologie de *litigation* renvoie à la dispute, à la querelle (Voir Etymology Dictionary, Douglas Harper, entrée : *litigation*) tout comme l'étymologie du terme contentieux renvoie aussi en français à la dispute (voir Dictionnaire Littré, entrée : contentieux). Le Gaffiot mentionne comme termes latins lutte, rivalité, conflit. Les deux termes sont donc étymologiquement synonymes et ils servent dans les deux pays à désigner les procédures juridictionnelles.

⁸⁸ Il y a quelques exceptions aux États-Unis dans la doctrine : voir D. Bruce Hoffman, M. Sean Royall, « Administrative Litigation at the FTC: Past, Present, and Future », *Antitrust L.J.* 319 (2003-2004) 71 ; Bob Rosin, « EPA Settlements of Administrative Litigation », *Ecology L.Q.* 363 (1984-1985) 12.

écoutaient et jugeaient des affaires entre partie et partie. Mais à présent, grâce au long et uniforme usage de plusieurs siècles, nos rois ont délégué tout leur pouvoir juridictionnel aux juges de leurs diverses cours qui, majestueux dépositaires des lois fondamentales de notre royaume, ont gagné une compétence connue et établie, encadrée par des règles certaines et établies, que la couronne elle-même ne peut plus aujourd'hui altérer que par une loi votée par le Parlement »⁸⁹. On voit dans certains passages l'influence des idées de Montesquieu sur Blackstone⁹⁰. De même, Jeremy Bentham distingue le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire par le fait que ce dernier doit être saisi par un individu pour pouvoir entrer en action et que les parties qui pourraient être affectées par la décision du juge puissent se faire entendre et que chaque partie puisse apporter les preuves de leurs allégations⁹¹. Aussi, « l'idée d'un procès entre parties est liée de manière inséparable avec la conception de la fonction juridictionnelle »⁹². John Chipman Gray identifie lui aussi la fonction juridictionnelle avec l'idée de litige⁹³. De même le *Committee on Ministers' Powers*, commission chargée dans les années 1930 d'enquêter sur les pouvoirs importants délégués aux ministres, définit la décision

⁸⁹ V. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Clarendon Press, 1773, vol. 1. Traduction libre : « It is probable, and almost certain, that in very early times, before our constitution arrived at its full perfection, our kings in person often heard and determined causes between party and party. But at present, by the long and uniform usage of many ages, our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts; which are the, grand depositary of the fundamental laws of the kingdom, and have gained a known and stated jurisdiction, regulated by certain and established rules, which the crown itself cannot now alter but by act of parliament » (p. 267).

⁹⁰ V. par ex. ce passage des *Commentaries* : « In this distinct and separate existence of the judicial power in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removable at pleasure, by the crown, consists one main preservative of the public liberty; which cannot subsist long in any state, unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power. Were it joined with the legislative, the life, liberty, and property, of the subject would be in the hands of arbitrary judges, whose decisions would be then regulated only by their own opinions, and not by any fundamental principles of law; which, though legislators may depart from, yet judges are bound to observe. Were it joined with the executive, this union might soon be an over-balance for the legislative. For which reason, by the statute of 16 Car. I. c. 10. which abolished the court of star-chamber, effectual care is taken to remove all judicial power out of the hands of the king's privy council; who, as then was evident from recent instances, might soon be inclined to pronounce that for law, which was most agreeable to the prince or his officers. Nothing therefore is more to be avoided, in a free constitution, than uniting the provinces of a judge and a minister of state » (p. 269). Mais avant Montesquieu, John Locke avait imposé l'idée de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la fonction juridictionnelle : V. les passages sur l'état de nature dans les *Deux Traités* où John Locke identifie cet état avec un état où les individus sont justement juge de leur propre cause, où il n'y a pas d'indépendance de la fonction juridictionnelle : « Sec. 125. Secondly, In the state of nature there wants a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law: for every one in that state being both judge and executioner of the law of nature, men being partial to themselves, passion and revenge is very apt to carry them too far, and with too much heat, in their own cases; as well as negligence, and unconcernedness, to make them too remiss in other men's » (*Two Treatises of Government*, Second Treatise, Cambridge Texts in the History of Political Thought, §125).

⁹¹ V. J. Bentham, *The works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, W. Tait, London, Simpkin, Marshall, 1843, vol. 3, *View of general code of Laws*, Chap. XXI, p. 198.

⁹² W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, préc., p. 69. Traduction de : « The idea of a suit between parties is inseparably bound up with the conception of the judicial function ». Cet auteur cite d'ailleurs cette affirmation de Lord Simonds : « It is a truism that the conception of the judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties » (*Labour Relations Board of Saskatchewan v John East Iron Works, Limited* [1949] A.C. 134, p. 149). On retrouve cette affirmation dans *The European Gateway* [1986] 3 W.L.R. 756, p. 217.

⁹³ « A judge's usual function is to determine controversies between parties » (John Chipman Gray, *The nature and sources of the law*, New York, Macmillan Co., 1921, p. 115).

juridictionnelle comme celle qui présuppose l'existence d'un litige⁹⁴. De même, dans les matières pénales, le XVII^e siècle, édifié par les exactions de la *Star Chamber*, vit le transfert de la fonction de punir du Conseil privé du Roi vers les tribunaux⁹⁵.

14. De même au Royaume-Uni l'histoire constitutionnelle, qui voit le pouvoir royal peu à peu dépouillé de ses attributs contentieux au profit de juridictions indépendantes, impose l'idée que la fonction contentieuse est indissolublement liée à la notion de juridiction. Aussi, la jurisprudence anglaise manifeste-t-elle, comme en France, une difficulté à penser la spécificité de la fonction proprement contentieuse de l'Administration. Cette difficulté et les hésitations des juges montrent bien qu'au Royaume-Uni aussi la fonction contentieuse est indissociable de l'idée de juridiction.

15. Il est possible de mettre en évidence cette difficulté en analysant brièvement la jurisprudence ancienne relative à la distinction des fonctions administratives et juridictionnelles. William A. Robson dit ainsi qu'il est très difficile de « trouver une méthode adéquate afin [...] de distinguer clairement les fonctions juridictionnelles et les fonctions administratives ». Il ajoute justement que bien souvent les juges ont un rôle d'administrateur et les administrateurs jugent⁹⁶.

Comment la jurisprudence anglaise pense-t-elle la relation entre fonction administrative et fonction juridictionnelle ? D'abord quel en est l'enjeu ? La distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative entraînait une importante conséquence sur les pouvoirs du juge puisque les brefs de *certiorari* (c'est-à-dire d'annulation) et de *prohibition* (c'est-à-dire d'injonction) ne pouvaient être prononcés que contre les actes édictés dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle et non contre les actes administratifs, car la procédure de *judicial review* est à l'origine une procédure destinée à contrôler l'activité des juridictions inférieures. L'essor de l'Administration et la multiplication des hypothèses dans lesquelles celle-ci prenait des décisions violant un droit subjectif ont amené les juridictions anglaises à devoir adopter un critère fonctionnel de la juridiction afin d'étendre leur contrôle à des actes organiquement administratifs. Cette évolution fait d'ailleurs penser à la lente séparation, en France, du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État qui accompagne la séparation des notions de juridiction et d'Administration⁹⁷. Cette évolution montre que dans les deux pays l'acte administratif émerge progressivement en se distinguant de l'acte juridictionnel.

Comme le remarque Robson, les décisions de justice qui se sont prononcées sur cette question ne manifestent pas l'existence d'un principe de distinction clair⁹⁸.

⁹⁴ V. Report of the Committee on Ministers' powers (Ministers' Powers), Chair: L. F. Scott, 1932, Cmd. 4060, p. 73.

⁹⁵ V. Privy Council (Star Chamber Abolition) Act, 1640, c. 10. V. W. Blackstone, Commentaries on the laws of England, préc., p. 230.

⁹⁶ W. A. Robson, Justice and Administrative Law: a study of the British constitution, London, Stevens, 1951, 3rd ed., p. 4.

⁹⁷ V. G. Peiser, Le Recours en cassation en droit administratif français : Évolution et régime actuel, Thèse, Nancy, 1957, pp. 129 suiv.. G. Peiser explique ainsi que la séparation du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir est concomitante avec l'affaiblissement de la théorie du ministre-juge. La naissance des recours dans les deux pays est liée à la naissance de la décision administrative qui prend le pas sur la décision juridictionnelle. G. Peiser montre bien qu'avant la distinction des voies de recours dans les années 1880, « le Conseil d'État, saisi par voie de recours d'une décision d'une autorité administrative, la considérait comme un jugement » (p. 37).

⁹⁸ Ibidem, p. 5.

Une série de décisions concernant le pouvoir conféré aux juges d'attribuer des licences pour l'exercice d'une profession a permis de préciser le critère de l'acte juridictionnel et montre l'importance de la notion de contentieux dans l'identification de la juridiction. La difficulté vient d'une disposition de la loi qui permet à toute personne de présenter des objections contre l'attribution de la licence. L'intervention de cette personne fait-elle naître un litige ? Il apparaît bien que non puisque pour Lord Herschell les juges bénéficient d'un entier pouvoir discrétionnaire pour décider, dans l'intérêt du public, si une licence doit ou non être attribuée. La personne qui présente des objections contre l'attribution de la licence ne fait qu'informer les juges. Dès lors, « le refus n'est pas provoqué par une personne en particulier puisque chaque membre de la communauté pourrait présenter des objections [...] Il n'y a, en vérité, aucun *lis*⁹⁹, aucun litige, *inter partes* »¹⁰⁰. Dans un autre jugement sur le même problème, le critère du litige est réutilisé. Il ne s'agissait plus de la nature de la fonction de l'autorité chargée d'attribuer la licence, mais de celle de l'autorité chargée de confirmer la décision. Or, devant cette dernière autorité, une personne qui présente des objections à l'attribution de la licence, est partie à l'instance (selon les termes de la loi¹⁰¹). L'existence d'une forme de litige rend donc différente la nature de l'autorité chargée de se prononcer sur l'attribution de la licence. Dans cette décision l'autorité de confirmation est donc considérée comme exerçant une fonction juridictionnelle¹⁰². On peut néanmoins trouver des solutions contraires. Ainsi il a été jugé que l'autorité chargée d'attribuer une licence est bien une juridiction à l'encontre de laquelle un bref de *certiorari* peut être prononcé, car les juges disposent d'un important pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer de manière juridictionnelle (comme une juridiction) c'est-à-dire selon « les règles de la raison et de la justice et non selon l'opinion privée, selon la loi et non l'humeur »¹⁰³. Cette citation montre bien que la qualification

⁹⁹ Lord Herschell utilise l'expression latine *lis inter partes*, cette expression se rapporte bien à l'existence d'un litige entre parties. Le substantif *lis* signifie en effet « 1 — procès, contestation en justice. — 2 — objet de la contestation, point à juger (...) — 3 — débat, querelle, différend, dispute. — 4 — question (qu'on débat) » (Gaffiot, entrée *līs*, *lītis*)

¹⁰⁰ *Boulter v The Justices of Kent and Others* [1897] A.C. 556, ici p. 569. Nous avons paraphrasé puis cité ce passage : « The justices have an absolute discretion to determine, in the interest of the public, whether a licence ought to be granted, and every member of the public may object to the grant on public grounds, apart from any individual right or interest of his own. The applicant seeks a privilege. A member of the public who objects merely informs the mind of the Court to enable it rightly to exercise its discretion whether to grant that privilege or not. A decision that a licence should not be granted is a decision that it would not be for the public benefit to grant it. It is not a decision that the objector has a right to have it refused. It is not, properly speaking, a determination in his favour. It is, I think, a fallacy to treat the refusal as necessarily induced by a particular objector. Every member of the local community might object. Would they all then become "the other party"? There is, in truth, no *lis*, no controversy *inter partes*, and no decision in favour of one of them and against the other, unless, indeed, the entire public are regarded as the other party, for if a licence be refused on the ground that it was not needed to supply the legitimate wants of the neighbourhood, the decision is really in favour of the public at large. The provision contained in section 2 seems then to me an additional reason for holding that an appeal from the "act" of the justices in refusing a licence is not an appeal from a "conviction or order" of a court of summary jurisdiction » (p. 569). Il faut préciser ici qu'il s'agissait de savoir si l'autorité chargée d'attribuer les licences pouvait être considérée comme une Court of Summary Jurisdiction au sens de la loi. Voir aussi dans le même sens *The Queen v Sharman and Others*, Justices, Divisional Court, 4 March 1898 [1898] 1 Q.B. 578, notam. p. 580.

¹⁰¹ Il s'agit du Licensing Act, 1972, article 43.

¹⁰² *The Queen v Justices of Manchester* [1899] 1 Q.B. 571, pp. 575 et 576.

¹⁰³ *The King v Woodhouse and Others* (Justices of Leeds) [1906] 2 K.B. 501. La décision sur laquelle est basé ce jugement est une décision antérieure que Vaughan Williams cite et que nous avons reproduite. La citation de Lord Halsbury (*Susannah Sharp v Wakefield and Others* [1891] A.C. 173) est la suivante : « An extensive power is confided to the justices in their capacity as justices to be exercised judicially; and "discretion" means when it is said that something is to be done within the discretion of the authorities that something is to be done according

dépend beaucoup de la volonté d'assujettir l'autorité administrative à certaines règles et aussi de pouvoir utiliser les outils appropriés pour pouvoir la contrôler.

La décision qui va le plus loin dans l'analyse est la décision *Shell Company of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*¹⁰⁴. La question posée au Privy Council¹⁰⁵ dans cette décision était de savoir si le Board of Review créé par l'article 41 du Federal Income Tax Assessment Act de 1922-1925 est une juridiction ou un organe de nature administrative. Les précédents juges australiens avaient conclu à sa qualité d'instance administrative. Comme le remarquent les juges « la jurisprudence met clairement en évidence qu'il y a des organes administratifs qui ont les ornements d'une juridiction, mais qui ne sont, néanmoins, pas des juridictions au sens qu'ils n'exercent pas le pouvoir judiciaire »¹⁰⁶. Cette décision illustre encore l'importance de deux critères dans la définition de la fonction juridictionnelle, celui du litige et celui de l'atteinte à un droit, deux critères qui définissent précisément le contentieux. Les juges firent leur cette définition du pouvoir judiciaire élaborée par Griffith C.J. dans la décision *Huddart, Parker & Co. v Moorehead* : « Je suis de l'avis que l'expression « pouvoir juridictionnel » au sens de l'article 71 de la Constitution désigne le pouvoir que toute autorité souveraine doit nécessairement avoir afin de trancher les litiges entre sujets ou entre lui et ses sujets que ces droits soient relatifs à la vie, à la liberté ou à la propriété. L'exercice de ce pouvoir ne commence que lorsqu'un tribunal qui a le pouvoir de prononcer une décision obligatoire et faisant autorité est appelé à intervenir »¹⁰⁷. On retrouve ici la définition matérielle de la fonction juridictionnelle, mais aussi l'importance de considérations formelles (les qualités de la décision prononcée). Il est intéressant de constater l'intérêt que ce jugement porte au régime de la décision. Seulement, comme le remarque Robson, la décision ne s'arrête pas là. Le Lord Chancellor fait ensuite cinq affirmations négatives, il expose cinq critères qui, dit-il, ne permettent pas de conclure à la nature administrative ou juridictionnelle d'un organe. Ces critères sont : le caractère définitif d'une décision, le fait qu'il fait comparaître des témoins sous serment, le fait qu'il doive entendre et trancher entre deux ou plusieurs parties, le fait qu'il prenne une décision qui affecte les droits des sujets, que cette décision puisse être

to the rules of reason and justice, not according to private opinion: *Rooke's Case* 11 ; according to law, and not humour. It is to be, not arbitrary, vague, and fanciful, but legal and regular. And it must be exercised within the limit, to which an honest man competent to the discharge of his office ought to confine himself » (p. 179).

¹⁰⁴ *Shell Company of Australia, Limited v Federal Commissioner of Taxation* [1931] A.C. 275

¹⁰⁵ Ce conseil est un organe qui, autrefois, conseillait la Couronne sur des questions politiques, mais qui est remplacé aujourd'hui par le Cabinet. La formation du Privy Council qui nous intéresse ici est le *Judicial Committee of the Privy Council* qui est une Cour de justice créée par Judicial Committee Act de 1833 et dont le rôle est de recevoir les appels des tribunaux des territoires indépendants et des membres du Commonwealth qui ont choisi de garder ce système après leur indépendance. Les décisions de ce Comité ne sont pas des jugements, mais des conseils adressés à la Couronne et qui ne deviennent définitifs qu'une fois édictés sous la forme d'un Order in Council. Il faut donc préciser que le jugement étudié n'a pas la valeur d'un précédent en droit de *common law*, mais qu'il a une autorité persuasive (Voir entrée « Judicial Committee of the Privy Council », Oxford Dictionary of Law, Ed. Elizabeth A. Martin and Jonathan Law. Oxford University Press, 2006).

¹⁰⁶ Décision *Shell Company of Australia*, p. 296 : « The authorities are clear to show that there are tribunals with many of the trappings of a Court which, nevertheless, are not Courts in the strict sense of exercising judicial power ».

¹⁰⁷ 8 C. L. R. 330, spéc. p. 357. Traduction de : « I am of opinion that the words 'judicial power' as used in s. 71 of the Constitution mean the power which every sovereign authority must of necessity have to decide controversies between its subjects, or between itself and its subjects, whether the rights relate to life, liberty or property. The exercise of this power does not begin until some tribunal which has power to give a binding and authoritative decision (whether subject to appeal or not) is called upon to take action ».

susceptible d'appel devant une juridiction ou enfin que la question a été soumise à cet organe par un autre¹⁰⁸.

La conclusion de cette décision nous semble décisive : « Une commission administrative peut agir de manière juridictionnelle, mais n'en reste pas moins une commission administrative et non une juridiction »¹⁰⁹. Une dernière décision mérite d'être citée, *The King v Electricity Commissioners*¹¹⁰. Les critères utilisés par les juges sont d'une part la procédure utilisée, mais aussi les pouvoirs dont cette autorité est dotée et qui affectent les droits des individus¹¹¹.

Cette analyse amène à conclure avec Robson que la jurisprudence anglaise sur ce point ne manifeste pas une grande cohérence¹¹², elle est même assez « acrobatique »¹¹³. Amnon Rubinstein qualifie même cette notion de « caméléon »¹¹⁴. Ceci s'explique souvent, comme d'ailleurs en France, par la volonté des juridictions supérieures d'assujettir ces commissions à des règles strictes. On voit bien dans la décision *The King v Electricity Commissioners* que le raisonnement du juge Bankes n'est pas de dire que cette commission utilise des procédures juridictionnelles et qu'elle doit par conséquent être de nature juridictionnelle ; il dit que, compte tenu des pouvoirs très importants dont dispose cette commission, elle doit les exercer à la manière d'une juridiction¹¹⁵. On retrouve, en France aussi, cette volonté de créer des juridictions administratives spécialisées afin d'assujettir les organismes dotés de pouvoirs de type juridictionnel à des règles procédurales strictes¹¹⁶. Un dernier exemple peut être cité, car il est très révélateur. Il concerne un recours contre la décision d'une municipalité de mettre fin à une autorisation d'exercer sur un marché. Les Lords Denning et Scarman examinèrent d'abord la possibilité d'un tel recours. Or, il s'avère que la décision de la municipalité enfreint un droit reconnu par la *common law*, le droit de vendre sur un marché. La décision de la municipalité qui affecte un droit reconnu par *common law* emporte l'obligation pour cette

¹⁰⁸ Traduction libre de : « In that connection it may be useful to enumerate some negative propositions on this subject: 1. A tribunal is not necessarily a Court in this strict sense because it gives a final decision. 2. Nor because it hears witnesses on oath. 3. Nor because two or more contending parties appear before it between whom it has to decide. 4. Nor because it gives decisions which affect the rights of subjects. 5. Nor because there is an appeal to a Court. 6. Nor because it is a body to which a matter is referred by another body » (p. 297).

¹⁰⁹ Traduction de : « An administrative tribunal may act judicially, but still remain an administrative tribunal as distinguished from a Court, strictly so-called » (p.298).

¹¹⁰ V. Court of Appeal, 27 July 1923 [1924] 1 K.B. 171.

¹¹¹ V. spéc. p. 198. V. aussi Lord Denning in *Regina v Gaming Board for Great Britain*, Ex parte Benaim and Khaida [1970] 2 Q.B. 417, spéc. p. 423 (« the more executive the act and the further away the conception of a lis inter partes, the more discretion the courts incline to attribute to statutory bodies »).

¹¹² V. Justice and Administrative Law, préc., p. 13. Cet auteur n'est pas exempt de contradiction puisqu'il conclut son chapitre en affirmant que deux critères permettent de distinguer la fonction juridictionnelle : le pouvoir d'entendre des litiges et de les trancher et le pouvoir de prendre une décision obligatoire pour ses destinataires. Les chapitres suivants de son ouvrage tente de dégager certains critères de la fonction juridictionnelle : critères organiques (l'indépendance qui comprend certaines immunités, mais aussi le caractère personnel de l'intervention du juge au Royaume-Uni), un critère matériel (l'existence d'un litige), des critères formels concernant la procédure et surtout les caractères de la décision qui est définitive (voir Justice and Administrative Law, préc., pp. 40-88).

¹¹³ V. S. M. Huang, « A Highly Acrobatic Part of the Law », *Modern Law Review*, Vol. 25, n° 1 (Jan., 1962), pp. 113-115.

¹¹⁴ V. A. Rubinstein, *Jurisdiction and illegality: a study in public law*, Oxford, Clarendon Press, 1965, pp. 13 à 18, spéc. p. 14.

¹¹⁵ « I consider that it should hold, that powers so far reaching, affecting as they do individuals as well as property, are powers to be exercised judicially, and not ministerially » (Décision préc., p. 198).

¹¹⁶ V. J.-F. Brisson, *Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome n° 185, 1996, p. 74.

municipalité d'agir, de manière juridictionnelle, et par conséquent de respecter les règles de *natural justice*¹¹⁷.

Au total, la fonction contentieuse semble bien être au cœur de toutes ces définitions même si, souvent, les juges utilisent un faisceau d'indices. La difficulté de dégager la différence entre décision administrative et décision juridictionnelle tient précisément à la difficulté de penser l'autonomie de la fonction contentieuse qui peut être exercée par des organes de nature différente. Les décisions qui affectent un droit et créent ainsi une situation contentieuse, une « contestation sur le contenu, la portée ou l'application du droit »¹¹⁸, sont ainsi souvent qualifiées de juridictionnelles, par la volonté d'assujettir l'organe au respect de certaines procédures. Au Royaume-Uni aussi, il s'agit d'une notion fonctionnelle.

Si la fonction contentieuse est assimilée conceptuellement à la juridiction, comme l'atteste tant l'analyse de la doctrine que de la jurisprudence, qu'en est-il du rapport organique avec l'Administration. La fonction contentieuse doit-elle être séparée de l'Administration ?

§ 2 — Au niveau organique, la séparation du contentieux de l'Administration

16. Un point de comparaison mérite en dernière instance d'être étudié. Retrouve-t-on au Royaume-Uni — comme en France — une séparation organique des fonctions contentieuse et juridictionnelle ?

17. Il est possible d'affirmer que si la France s'est largement construite sur la base de son Administration, le Royaume-Uni, lui, s'est construit, s'est unifié, grâce à ses juges, si bien que l'on se trouve dans la situation inverse de la France. La fonction contentieuse a pu être confiée à des administrateurs en France et a servi à délimiter leurs différentes fonctions ; au Royaume-Uni, les juges, surtout au niveau local, étaient chargés d'exercer des fonctions administratives : « Dans les sphères du gouvernement central et local, de la même manière, la tendance était de conférer le pouvoir d'exécution aux mains de la magistrature, corps non rémunéré et non professionnel »¹¹⁹. L'institution des juges de paix date en effet du XIV^e siècle et ils deviennent à partir du XVI^e siècle, « la base du régime d'administration locale »¹²⁰. La première mission des juges de paix est en réalité d'assurer une fonction de police locale, « ils étaient, en fait, la première autorité de police de chaque comté »¹²¹. Les juges de paix vont se voir confier à partir des Tudor des tâches purement administratives de plus en plus nombreuses comme la gestion de pensions d'invalidité pour les soldats mutilés¹²² ou la surveillance des ponts, des prisons et des maisons de redressement, des bâtiments publics, le secours aux pauvres, de même que la fixation de certains salaires¹²³ à côté de leurs

¹¹⁷ V. *Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council* [1976] 1 W.L.R., 1052.

¹¹⁸ V. J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », préc., p. 280.

¹¹⁹ V. M. W. Thomas, « The origins of administrative centralisation », *Current Legal Problems*, 1950, vol. 3, pp. 214-235, ici p. 214. Trad. libre de : « In the spheres of central and local government alike the tendency had been to place executive power to a large extent in the hands of the non-professional and unpaid magistracy ».

¹²⁰ V. G. M. Trevelyan, *English social history: a survey of six centuries, Chaucer to Queen Victoria*, London, New York, Longmans, Green and Co., 1942, p. 171 ; V. aussi J. H. Gleason, *The justices of the peace in England, 1558 to 1640 : a later Eirenarcha*, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 1.

¹²¹ V. B. Osborne, *Justices of the peace, 1361-1848: a history of the justices of the peace for the counties of England*, Sedgemoor (Dorset), Sedgemoor Press, 1960, p. 19.

¹²² Par une loi de 1592, v. B. Osborne, *Justices of the peace*, préc., p. 172.

¹²³ V. W. A. S. Hewins, « The Regulation of Wages by the Justices of the Peace », *The Economic Journal*, Vol. 8, No. 31 (Sep., 1898), pp. 340-346.

missions traditionnelles de police¹²⁴. Au début XIX^e siècle, leurs pouvoirs furent encore accrus : en 1802, on leur confia par exemple la charge d'assurer l'application de la première législation sur les usines¹²⁵.

18. Par conséquent, dans la tradition juridique anglaise, les décisions qui affectent les droits des particuliers sont prises largement par des juges. Cela ne signifie pas que l'Administration royale n'était pas dotée de fonction contentieuse, au contraire. À côté des cours de *common law*, les tribunaux d'*equity* par exemple sont une émanation de la justice royale. Ainsi, le *Court of Exchequer*, principal tribunal d'*equity* avec celui du Chancelier, était à l'origine réservé aux litiges concernant le roi¹²⁶. Mais, ces fonctions contentieuses sont bien attribuées à des instances ayant acquis progressivement toutes les formes de juridictions.

19. Ceci explique la réaction particulièrement forte de la doctrine contre l'attribution, au Royaume-Uni, de pouvoirs de plus en plus importants à l'Administration centrale¹²⁷. Au XIX^e siècle en effet et surtout au XX^e siècle l'essor de la législation sociale et de l'intervention de l'État s'est traduit au Royaume-Uni par un développement de l'Administration centrale au détriment des juges locaux¹²⁸. La rupture est difficile à identifier : pour Maitland le tournant se situe en 1832, avec le *Reform Act*¹²⁹. La structure qui va alors se mettre en place, le *tribunal*, supprime les *justices of the peace* dans la mise en œuvre de la politique générale¹³⁰. Le choix de ce terme — *tribunal* — exprime toute l'ambiguïté de la relation fonction contentieuse et Administration et la manière dont on va penser au Royaume-Uni cette nouvelle fonction accordée à l'Administration. La fonction est attribuée à une autorité administrative, mais que l'on qualifie de *tribunal* pour la distinguer de l'Administration classique en raison de sa fonction, signifiant ainsi toute la difficulté à penser la nouveauté et la spécificité de celle-ci.

¹²⁴ V. par exemple la surveillance des vagabonds (loi de 1744). V. B. Osborne, *Justices of the peace*, préc., les chapitres XIX, XXI, XXII.

¹²⁵ Le Health and Morals Act de 1802 fixe à 12 heures par jour la durée du travail des enfants de plus de sept ans, elle introduit aussi des mesures d'hygiène dans les habitats et l'école obligatoire pour les enfants. V. O. MacDonagh, *Early Victorian government, 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, spéc. les chapitres 2, 6, 7.

¹²⁶ V. C. Gross, « Jurisdiction of the Court of Exchequer Under Edward I », 25 L. Q. Rev. 138 (1909). Ce tribunal devint le premier tribunal traitant des questions fiscales.

¹²⁷ V. par ex. la réaction de Lord Chief Justice Hewart contre le nouveau despotisme administratif in Lord Hewart of Bury, *The New despotism*, London, E. Benn, 1929.

¹²⁸ Les réformes majeures de cette époque furent une loi sur les usines pour contrôler le travail des enfants (Factories Act 1833), une loi sur la santé publique (Public Health Act 1848), la loi de réforme des structures foncières (du « copyhold », une ancienne forme de tenure, ici l'attribution de la mise en place de la réforme aux juges de paix fut discutée et rejetée), la surveillance des chemins de fer (Commissioners of Railways Act 1846). Selon C. Stebbings le premier *tribunal* mis en place date du XVII^e siècle, il était en charge de la gestion des premiers impôts (Land Tax Act 1688). Le tribunal compétent en matière d'impôt reçut la gestion du premier impôt sur le revenu à la fin du XVIII^e siècle (Income Tax voté en 1799, il fut le premier impôt obligatoire au Royaume-Uni qui fut en conséquence rapidement aboli pour n'être réintroduit qu'en 1842 par R. Peel).

¹²⁹ V. F. W. Maitland, *The constitutional history of England : a course of lectures*, Cambridge, The University Press, 1908, p. 417.

¹³⁰ Les juges de paix étaient trop peu nombreux, mal formés et de surcroît les gouvernements réformateurs de l'époque doutaient de leur engagement pour faire appliquer les nouvelles lois. Les premières tentatives pour leur confier la mise en œuvre de la nouvelle législation furent un échec. Leur indépendance rendait aussi difficile une uniformité d'application de la loi. De même, le recrutement de ces juges, parmi les notables locaux, les rendait suspects de conservatisme. Enfin, ces juges subirent des échecs dans la mise en place de certaines lois, comme l'impôt sur les fenêtres au XVIII^e siècle (V. C. Stebbings, *Legal foundations of tribunals in nineteenth-century England*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 27, 48-49, 58).

20. Le système des *tribunals*¹³¹ est ainsi devenu rapidement l'institution centrale de traitement des litiges administratifs. S'il est communément admis que l'Administration au Royaume-Uni et dans les pays de *common law* est contrôlée par les juridictions de droit commun ; ce point, tout en étant exact, ne rend pas précisément compte de la situation dans ces pays. En réalité, le traitement des litiges administratifs a été conféré largement au système des *tribunals* qui sont des instances *ad hoc* créées par le législateur, à l'intérieur de l'Administration et dotées d'une certaine garantie d'indépendance, pour le traitement des recours administratifs. La comparaison avec le système du ministre-juge est dès lors intéressante puisque cette comparaison révèle bien la spécificité du système de *common law*. D'abord, ces *tribunals* ne sont pas des juges, leurs décisions sont des décisions administratives ; ensuite le recours est porté devant une instance séparée pour éviter tout soupçon de partialité. L'existence d'un litige impose donc le recours à certaines formes juridictionnelles, mais la conscience de la spécificité foncière des litiges administratifs a nécessité leur intégration à l'Administration. Ce système fait donc penser au système du ministre-juge tel qu'on a pu le connaître en France au XIX^e siècle, à l'exception près, et celle-ci est de taille, que les décisions des *tribunals* ne sont pas des décisions juridictionnelles.

21. Mettant fin à plus d'un siècle de confusion, le système des *tribunals* a connu en 2007 une profonde réforme avec le *Tribunals, Courts and Enforcement Act*¹³² qui intègre le système des *tribunals* dans la sphère juridictionnelle, sans créer toutefois une dualité de juridiction puisque l'ensemble de ces juridictions reste soumis au contrôle de la Chambre des Lords — devenue depuis une loi de 2005 la Cour suprême du Royaume-Uni¹³³. Cette réforme est importante, car elle montre bien que les systèmes juridiques libéraux ont du mal à accepter la spécificité de la fonction contentieuse de l'Administration. La fonction contentieuse doit être séparée de l'Administration, et on observe bien, sur la longue période, ce mouvement de séparation. La France a choisi de créer un nouvel ordre de juridiction ; le Royaume-Uni avait choisi un système administratif tout en le dotant de certaines garanties d'indépendance et il vient de le réintégrer au système juridictionnel de droit commun.

Conclusion de la Section 2

L'analyse de la fonction contentieuse au Royaume-Uni amène donc à conclure que cette fonction est, d'une part, assimilée aussi à la fonction juridictionnelle et qu'elle est, d'autre part, séparée — dorénavant — de la fonction administrative. La portée de cette séparation était relative jusqu'à l'adoption du *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007, elle est à présent véritablement structurelle.

¹³¹ Ce terme mérite dès à présent un éclaircissement. Tout au long de la recherche, nous utiliserons le terme anglais en italique pour manifester l'origine du terme. La formule du *tribunal* s'est développée au Royaume-Uni, mais aussi dans l'ensemble des pays de *common law*. Nous consacrerons plus loin des développements substantiels à cette institution. À ce stade, il est seulement nécessaire de dire que contrairement à ce que son nom indique le tribunal n'est pas, traditionnellement, une juridiction, mais une autorité administrative dotée d'une certaine indépendance.

¹³² *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007, Chapter 15. Cette loi est issue du rapport Leggatt (Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt : *Tribunals for Users - One System, One Service*, publié le 16 Aout 2001).

¹³³ Le Constitutional Reform Act de 2005 (c. 4) transfère les fonctions juridictionnelles de la House of Lords à la Cour suprême.

Conclusion du Chapitre I

Aussi bien en France qu'au Royaume-Uni, la fonction contentieuse est pensée par rapport à la fonction juridictionnelle. La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, pour reprendre l'expression de Raymond Carré de Malberg, règne de part et d'autre de la Manche. Cette conception aboutit bien à une assimilation conceptuelle des deux fonctions. En regard, dans chaque pays la fonction contentieuse est séparée de la fonction administrative.

La difficulté à penser cette évolution résulte, dans chaque pays, de la situation antérieure, que l'on pourrait qualifier rapidement d'ancien régime où le pouvoir est un et où on ne connaît pas encore de théorie des normes. Les décisions du roi ne sont pas à l'origine des décisions administratives ; elles ont au contraire toute la force des décisions juridictionnelles, c'est pourquoi le rapprochement entre la répression administrative et le système despotique des lettres de cachet (rapprochement visant à disqualifier cette répression) ne porte pas. Le roi est, tant en France qu'au Royaume-Uni, fontaine de justice et c'est en son nom que la justice est rendue — ce qui est toujours le cas outre-Manche — aussi ses décisions sont-elles réellement juridictionnelles. Le XIX^e siècle mettra de l'ordre dans cette situation, puisqu'il s'agit bien du siècle de naissance de la décision administrative. Pourtant, la situation de la fonction contentieuse ne sera pas pour autant clarifiée, rattachée qu'elle est à la fonction juridictionnelle.

Néanmoins, l'évolution des pouvoirs de l'Administration a rendu cette conception obsolète, si elle a déjà eu une pertinence. W. A. Robson montre en effet avec beaucoup de force que la séparation des fonctions contentieuses et administratives n'a jamais réellement existé en Angleterre¹³⁴. On peut faire le même constat en France si l'on étudie par exemple les pouvoirs de l'Administration fiscale.

L'évolution contemporaine des pouvoirs de l'Administration rend ces conceptions largement incapables d'expliquer le droit positif. L'attribution de plus en plus généralisée de pouvoirs contentieux à l'Administration en droit interne, mais aussi d'ailleurs en droit international public où des instances de nature administrative sont dotées de pouvoirs répressifs importants (telle la Commission européenne), rend nécessaire la reconnaissance de la fonction contentieuse de l'Administration afin d'aménager un régime juridique approprié. Cette évolution explique la crise de la conception de la fonction contentieuse dont nous avons hérité.

¹³⁴ Voir cette affirmation : « What we are concerned to point out now is that the separation of administrative from judicial functions never even approached completeness » (op. préc., p. 21). W.A. Robson démontre en effet que les juges ont toujours eu des fonctions administratives (il donne plusieurs exemples, dont celui du juge des tutelles)

CHAPITRE II — LA FONCTION CONTENTIEUSE ET L'ADMINISTRATION : DE LA SÉPARATION À LA CONSÉCRATION

Nous avons vu, malgré des différences très nettes, une parenté de conception en France et au Royaume-Uni de la notion de contentieux qui est identifiée à la fonction juridictionnelle.

Or, il faut constater une crise de cette conception, et ce, à deux niveaux : il est d'abord impossible désormais de nier l'existence d'une fonction contentieuse et d'un contentieux devant l'Administration (Section 1) qui impose de dépasser la crise conceptuelle actuelle (Section 2).

*

Section 1 — Le constat : la renaissance de la fonction contentieuse de l'Administration

Section 2 — La conséquence : la réaction doctrinale

Section 1 — *Le constat : la renaissance de la fonction contentieuse de l'Administration*

L'essor de la fonction contentieuse de l'Administration n'est pas nouveau (§ 1) et il a connu un développement récent et sans précédent avec l'émergence des autorités administratives indépendantes (§ 2)

§ 1 — Un phénomène ancien

22. Malgré l'éclipse qu'a connue la fonction contentieuse de l'Administration, celle-ci s'est depuis longtemps vue reconnaître certains pouvoirs de nature contentieuse. L'Administration dispose donc d'une fonction contentieuse au moins résiduelle dans certains domaines restreints. L'ancienneté est davantage accusée au Royaume-Uni qu'en France. Le Royaume-Uni a connu, depuis le début du XX^e siècle, un développement très important de la fonction contentieuse de l'Administration avec le modèle des *tribunals*. Les fonctions de cette institution dépassent largement la seule fonction contentieuse, mais il est possible d'affirmer que cette fonction est centrale pour cette institution¹³⁵. Les recherches de C. Stebbings¹³⁶ ont mis en évidence l'ancienneté de l'institution qui remonte, pour la plus ancienne, à la fin du XVIII^e siècle. Il s'agit du *tribunal* compétent en matière fiscale, institué par William Pitt le

¹³⁵ V. récemment le rapport Leggatt dont les conclusions ont entraîné probablement la plus profonde réforme du système depuis sa mise en place : Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt : Tribunals for Users - One System, One Service, publié le 16 août 2001, spéc. chapitre 3, n°3-10.

¹³⁶ V. C. Stebbings, *Legal foundations of tribunals in nineteenth century England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 7 suiv. ; C. Stebbings, « The origins of the application of certiorari to the General Commissioners of Income Tax », *British Tax Review*, 1997, p. 119.

Jeune en 1799. Elle a connu ensuite un essor au XIX^e siècle,¹³⁷ mais c'est avec le développement de l'État Providence au début du XX^e siècle que s'est imposée la mise en place du système des *tribunals*¹³⁸. Paul Craig remarque ainsi que le Royaume-Uni connaissait déjà cette institution, mais qu'elle eut un développement sans précédent au début de ce siècle¹³⁹. Le rapport Leggatt permet de se faire une idée du travail des *tribunals* : il dénombre environ soixante-dix *tribunals* qui rendent plus d'un million de décisions tous les ans¹⁴⁰. Ces chiffres attestent de l'ampleur désormais atteinte par la fonction contentieuse de l'Administration qui n'est désormais plus réduite à la portion congrue et qui remplit une véritable fonction propre à côté des juridictions.

23. Le même constat peut être dressé en France si l'on étudie la fonction répressive de l'Administration. L'histoire de la répression administrative met en évidence que jusqu'aux années 1930, elle s'est faite très discrète si l'on excepte la période de la Première Guerre mondiale où le rôle de l'État s'est considérablement développé. Les sanctions administratives sont alors essentiellement cantonnées, si l'on excepte le domaine fiscal, à trois domaines : les sanctions contre les prostituées¹⁴¹, les étrangers et les sanctions en matière de presse. Enfin, il faut mentionner des sanctions administratives spéciales qui ne s'appliquent qu'aux territoires des colonies dans le cadre du régime de l'indigénat¹⁴². Avec les années 1930, la nécessité de lutter contre les effets de la crise de 1929, la préparation de la guerre et la mise en place du régime de Vichy¹⁴³, les sanctions administratives font leur véritable apparition dans le paysage juridique français. Encore cette apparition ne sera-t-elle que de courte durée puisqu'elles seront supprimées à la Libération par l'ordonnance du 9 août 1944 portant

¹³⁷ Les *tribunals* les plus importants créés au XIX^e siècle sont : le *tribunal* de la dîme (on voit encore ici l'origine fiscale de cette institution), le *tribunal* du « copyhold » (nous n'avons pas trouvé d'équivalent de cette institution ; le copyhold est une ancienne catégorie de tenure, partie d'un Manoir, et qui relève de la juridiction seigneuriale, le terme copie s'explique par le fait que le détenteur du titre détenait une copie du registre de cette juridiction : V. « copyhold » n., A dictionary of Law, Oxford University Press, 2009), le *tribunal* des enclosures et les Commissaires aux chemins de fer (V. C. Stebbings, Legal foundations of tribunals in nineteenth century England, préc., p. 7).

¹³⁸ Le Children's Act de 1908 améliore la protection des enfants et c'est surtout le National Insurance Act de 1911 qui marquera la naissance d'un véritable système de protection sociale au Royaume-Uni. Ces réformes furent fortement inspirées par la politique allemande menée par Bismarck dont le but était de diminuer l'influence des socialistes. Les artisans de cette politique étaient Lloyd George, Churchill et un homme dont le nom est intimement lié à l'État Providence, Beveridge. Pour une analyse de l'origine de l'État Providence V. J. Hay, The Origins of the Liberal Welfare Reforms, 1906-1914, Macmillan, 1975.

¹³⁹ V. P. Craig, Administrative Law, 6th ed., Thomson Sweet & Maxwell, 2008, pp. 64-65, no 2-16 et 2-17.

¹⁴⁰ V. Rapport Leggatt préc., Overview.

¹⁴¹ Le régime juridique de la prostitution est examiné par G. Jèze dans une note sous C.É., 2 juin 1911, de Pressensé (V. RDP, 1911, p. 690).

¹⁴² V. C.-A. Colliard, « La sanction administrative », Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, 1943, pp. 3-74, spéc. p. 4. V. aussi J.-P. Munch (La sanction administrative, thèse dactylographiée, Paris, 1947) qui détaille avec beaucoup de précision les sanctions dans le cadre du régime de l'indigénat, codifiées par la loi du 15 juillet 1914. Les peines qui sont souvent des peines d'internement sont prononcées par le Gouverneur général. Ce régime, né en Algérie, a été progressivement étendu à l'ensemble des colonies. Il a été supprimé par une ordonnance du 7 mars 1944 pour l'Algérie et par un décret du 22 décembre 1945 pour l'Afrique orientale française et la Nouvelle-Calédonie.

¹⁴³ Les sanctions les plus scandaleuses sont constituées par les peines d'internement. L'extension des sanctions privatives de liberté à cette époque s'explique par la nature du régime de Vichy. La répression semble « inhérente à la Révolution nationale » (J.-P. Azéma, Vichy, Encyclopédie Universalis). Il fallait ainsi écarter tous les ennemis du régime depuis les républicains défenseurs de « la gueuse » (C. Maurras) ainsi que tous les représentants de l'Anti-France (les communistes, les francs-maçons et les juifs). V. M. de Juglart, « Les sanctions administratives dans la législation récente », JCP G 1942, I, 283.

rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. Les années 1970-1980 témoignent d'un véritable redéploiement de la répression administrative qui s'explique par un grand mouvement de dépenalisation « au profit du réseau des sanctions administratives »¹⁴⁴. La dépenalisation a souvent été totale et des domaines entiers ont été transférés dans le champ de la répression administrative. Les domaines concernés sont les droits de la concurrence, de l'environnement, de l'urbanisme, mais aussi les législations fiscale, bancaire, douanière, et des transports¹⁴⁵.

24. L'existence d'une fonction contentieuse de l'Administration est relativement mieux acceptée en matière fiscale, même si Philippe Bern prend aussi le soin dans son introduction de justifier l'emploi du terme contentieux, après s'être placé sous l'autorité de Jean-Marie Auby et Roland Drago, en expliquant que « rien n'empêche d'étendre la notion de contentieux à d'autres modalités de règlement des litiges et notamment aux recours purement administratifs »¹⁴⁶. On retrouve néanmoins une hésitation chez les auteurs fiscalistes. S'ils définissent le contentieux fiscal comme comprenant « l'ensemble des litiges nés de l'application des lois relatives aux impôts »¹⁴⁷, ils précisent aussi « si l'on s'en tient au sens propre du terme « contentieux », celui-ci désigne les contestations portées devant un juge et réglées selon des procédures juridictionnelles »¹⁴⁸. La réalité, comme le relève le même auteur c'est que « l'une des particularités remarquables du contentieux fiscal est le rôle essentiel dévolu à l'autorité administrative dans le règlement des litiges : le directeur des services fiscaux pour ce qui concerne l'assiette, le trésorier-payeur général ou le directeur des services fiscaux dans le cas du recouvrement, ont chacun une fonction contentieuse parallèle à leurs attributions administratives »¹⁴⁹. Un élément intéressant et révélateur est la distinction en matière fiscale entre les réclamations gracieuses et contentieuses¹⁵⁰. Comme l'a jugé le Conseil d'État, la différence entre les deux types de réclamation dépend des termes de la demande (celle-ci doit constituer une véritable contestation) et de la formulation de moyens de droit¹⁵¹. Une demande gracieuse, elle, ne mentionne pas de moyens de droit et ne conteste pas le bien-fondé de l'imposition, mais se contente d'évoquer des circonstances comme l'état de santé par exemple¹⁵². On retrouve donc bien ici en matière fiscale la définition de la notion de contentieux, il s'agit bien de régler un litige au moyen du droit.

¹⁴⁴ V. M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., Thémis, Droit privé, 1992, spéc. p. 280.

¹⁴⁵ V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, Section 1-Existence de sanctions infligées par l'administration, §1 Le développement de la répression administrative.

¹⁴⁶ V. P. Bern, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public n° 109, 1972, spéc. introduction p. 6.

¹⁴⁷ V. *Documentation pratique*, Éd. Francis Lefebvre, 2009, CONT (Contentieux) — Division I Généralités sur le contentieux fiscal, spéc. n° 20.

¹⁴⁸ *Ibidem*, n° 40.

¹⁴⁹ *Ibidem*, n° 80.

¹⁵⁰ V. *Documentation pratique*, Éd. Francis Lefebvre, 2009, CONT (Contentieux) — Division I Généralités sur le contentieux fiscal, C. Appréciation du caractère gracieux ou contentieux d'une demande, de 3750 à 4100 ; V. aussi *JurisClasseur Procédures fiscales*, Fasc. 410, Réclamation au service des impôts, n° 18-20.

¹⁵¹ V. Conseil d'État, 11 juillet 1984, n° 36866, RJF 10/84 n° 1249 ; D. adm. 13 O n° 30, 30 avril 1996 ; Conseil d'État, 2 avril 1990, Barreau, n° 86084, RJF 5/90 n° 609.

¹⁵² V. Conseil d'État, 11 juillet 1984, n° 21851, RJF 10/84 n° 1250 ; Conseil d'État, 13 mars 1974, n° 93258 ; Conseil d'État, 26 mai 1976 n° 98440 ; Conseil d'État, 11 mai 1990, Karsenty, n° 67409, RJF 7/90 n° 904 ; Conseil d'État, 1er octobre 1993, SARL Jack Matic, n° 129921, RJF 11/93 n° 1482 ; Conseil d'État, 15 janvier

Ces développements manifestent tout l'intérêt de la notion de fonction contentieuse, car elle permet de penser une continuité en même temps qu'une gradation, une échelle de protection entre la procédure devant l'Administration puis devant le juge. La création des autorités administratives indépendantes achève de consacrer cette tendance et rend encore plus impérieuse la nécessité de penser en soi la fonction contentieuse.

§ 2 — Le développement des autorités administratives indépendantes achève de consacrer cette tendance

25. En France aussi bien qu'au Royaume-Uni, la création des organismes indépendants de l'Administration centrale s'est accompagnée d'une affirmation nette de la tendance à conférer une fonction contentieuse à l'Administration. L'histoire américaine fait aussi état d'un lien étroit entre la création d'autorités administratives indépendantes et l'essor du pouvoir de sanction administrative¹⁵³. On constate l'existence de deux cas de figure : certaines de ces autorités, les autorités de concurrence, sont dépourvues de pouvoir réglementaire et ont été créées dans un seul but contentieux¹⁵⁴ ; d'autres, en regard, cumulent pouvoir réglementaire et fonction contentieuse comme les autorités des marchés financiers¹⁵⁵ ou les autorités que nous nous proposons d'étudier, les autorités de régulation des réseaux¹⁵⁶.

Les autorités de régulation des services publics en réseau sont dotées de pouvoirs de sanction, d'injonction et de règlement des différends. Ce dernier pouvoir, le règlement des différends est un pouvoir inédit pour une autorité administrative en France. Le Royaume-Uni, lui, a depuis longtemps attribué à des autorités administratives un pouvoir de règlement des différends¹⁵⁷. Ce n'est pas le cas en France.

1965, n° 60969 ; Conseil d'État, 2 mars 1983, n° 26020, RJF 5/83 n° 626 ; Conseil d'État, 13 novembre 1987, n° 58002.

¹⁵³ V. les développements de F. Moderne dans *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'État dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1993, pp. 141-147 ; J. M. Landis, *The administrative process*, New Haven, Yale University Press, 1951.

¹⁵⁴ Au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading a été créé en 1973 par le Fair Trading Act et en France le Conseil de la concurrence a été créé par l'ordonnance de 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence (n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986).

¹⁵⁵ En France la première autorité répressive fut la Commission des opérations de bourse instituée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, mais son statut d'autorité administrative indépendante ne lui a été attribué qu'en 1996 par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (le Conseil constitutionnel l'avait auparavant qualifié d'A.A.I. dans sa décision n° 89-260DC, du 28 juillet 1989). Cette autorité a été remplacée par l'Autorité des marchés financiers par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 (art. L621-1 suiv. C.M.F.). Au Royaume-Uni c'est aujourd'hui la Financial Services Authority (F.S.A.), créé par le Financial Services and Markets Act de 2000, qui est en charge de la police du marché.

¹⁵⁶ Nous décrirons plus bas ces autorités et leurs textes institutifs.

¹⁵⁷ Les *tribunals* en droit anglais règlent des différends dans deux types de cas. D'une part, à l'instar de véritables juridictions, ils peuvent être chargés de régler des différends privés. Par exemple, l'équivalent du tribunal des prud'hommes en France est un *tribunal* en Angleterre, le Employment Tribunal créé par le Industrial Training Act de 1964. Le rapport Legatt appelle cette catégorie de *tribunal* les « *party tribunal* » (V. Chapter Three, A more coherent system). D'autre part, le rôle traditionnel des *tribunals* est le traitement des litiges administratifs. Ils agissent ainsi comme un organe de recours statuant sur la régularité des décisions de l'Administration. Ce rôle est le rôle principal des *tribunals*.

26. Un bref examen quantitatif peut aider à asseoir notre propos¹⁵⁸. L'examen de l'activité coercitive et de règlement des différends permettra d'abord de prendre la mesure du phénomène. En France, dans le domaine du règlement des différends, l'A.R.C.E.P. a prononcé cent décisions en matière de télécommunication depuis 1997 et une seule dans le secteur postal¹⁵⁹ ; le C.S.A. en a, lui, prononcé deux depuis 2004¹⁶⁰ ; la C.R.E. cinquante-quatre depuis 2002¹⁶¹. Au Royaume-Uni, Ofcom a prononcé trente décisions de règlement des différends depuis 2003¹⁶², Ofgem soixante-dix-sept depuis 2001. En matière répressive, en France, l'A.R.C.E.P. a prononcé trente-cinq décisions depuis 1998, le C.S.A. deux en 2006 et neuf en 2007¹⁶³ tandis qu'au Royaume-Uni, Ofcom a pris quarante-sept décisions et Ofgem dix. Ces autorités ont aussi un pouvoir important d'injonction afin de contraindre les entreprises qu'elles surveillent à modifier leur comportement. À titre de comparaison les autorités de concurrence et des autorités des marchés financiers dans chaque pays prononcent beaucoup plus de sanctions : depuis 1991, mille quatre cent trente-trois décisions ont été prononcées par le Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence¹⁶⁴) et l'O.F.T. quatre-vingt-onze depuis 2001 ; l'A.M.F. a prononcé cent trente-neuf décisions depuis 2004¹⁶⁵ et la F.S.A. trente depuis 2003.

Ainsi, la réalité est désormais sortie du cadre théorique, entraînant une crise conceptuelle de la manière de penser la fonction contentieuse de l'Administration. Il est, à ce stade, nécessaire d'exposer les manifestations de cette crise conceptuelle qui nécessite de repenser à nouveaux frais la fonction contentieuse de l'Administration.

Section 2 — *La conséquence : la crise conceptuelle*

Par crise conceptuelle il faut entendre le refus de la doctrine de prendre en compte et de penser la spécificité de la fonction contentieuse de l'Administration en dehors des cadres conceptuels classiques.

La crise conceptuelle qui caractérise la pensée de la fonction contentieuse de l'Administration s'explique par l'hostilité de la doctrine à l'égard de ces pouvoirs. Cette hostilité se manifeste

¹⁵⁸ Cet examen est à jour au 20 mai 2009. Cet examen est délicat en raison des compétences différentes des autorités dans leurs domaines respectifs (par exemple les autorités anglaises disposent de pouvoirs de sanction relatifs au droit de la consommation) et des dates différentes de création.

¹⁵⁹ Le pouvoir de règlement des différends dans le domaine postal a été attribué à l'A.R.T. (qui devient alors l'A.R.C.E.P.) en 2005 par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (art. 5, J.O.R.F. 21 mai 2005). En 2008, l'A.R.C.E.P. a prononcé sept décisions de règlement des différends.

¹⁶⁰ Ce pouvoir, prévu à l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (J.O.R.F. 1^{er} octobre 1986, p. 11755), a été créé par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 (J.O.R.F. du 10 juillet 2004).

¹⁶¹ Le pouvoir de règlement des différends de la C.R.E. a été créé par l'article 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (J.O.R.F. du 11 février 2000).

¹⁶² Ofcom a en effet été créé par le Communications Act de 2003.

¹⁶³ L'essentiel de l'activité coercitive du C.S.A. se traduit par l'émission de mise en demeure (on compte depuis 1996, cinq cent quarante mises en demeure).

¹⁶⁴ Le changement de Conseil en Autorité de la concurrence est le résultat de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 (J.O.R.F. 5 août 2008, texte n° 1).

¹⁶⁵ En 2008, la Commission des sanctions de l'A.M.F. a prononcé quarante décisions de sanctions. Quatre-vingt-quatre personnes ont été sanctionnées dont trente-cinq personnes morales (V. Rapport annuel de l'Autorité des Marchés Financiers pour 2008, « Faits et chiffres, p.10).

par les attaques nombreuses contre l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration et particulièrement aux autorités administratives indépendantes (§ 1). Cette crise s'exprime par la création de concepts qui se refusent à quitter le cadre traditionnel en utilisant l'adverbe « quasi » (§ 2).

§ 1 — Les critiques de la doctrine

27. Les attaques contre la fonction contentieuse de l'Administration sont anciennes en France. L'essor des sanctions administratives a ainsi été accueilli avec beaucoup d'hostilité de la part des juristes¹⁶⁶, qui voient dans ce procédé un « moyen totalitaire »¹⁶⁷, « un danger pour les libertés publiques »¹⁶⁸, un « droit pseudo-pénal »¹⁶⁹. De même, Dicey a pu exprimer son hostilité à l'essor des *tribunals* : « La compétence des tribunaux administratifs exclut celle des juridictions ordinaires. Les tribunaux administratifs sont toujours plus ou moins liés au gouvernement du jour. Leurs décisions sont susceptibles d'être influencées par des considérations politiques. Les fonctionnaires gouvernementaux ne peuvent jouir de la profonde indépendance dont bénéficient les juges »¹⁷⁰.

28. Cette hostilité, légitime, s'explique par le fait que les démocraties libérales se sont construites autour de l'idée de séparation des pouvoirs, seule capable de permettre l'épanouissement de la liberté individuelle en diminuant les pouvoirs absolus du Roi¹⁷¹. L'éloge de la Constitution anglaise qu'écrit Montesquieu et qui l'amène à théoriser l'idée de séparation des pouvoirs est un éloge du gouvernement modéré¹⁷². Mais l'idée de séparation

¹⁶⁶ « Le procédé de la sanction administrative ne bénéficie guère de la faveur des juristes » (J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », D. 1952 chron. p. 111).

¹⁶⁷ V. J.-P. Munch, La sanction administrative, Thèse, Paris, 1947.

¹⁶⁸ V. M. Waline, note sous C.É., Sect., 4 mars 1960, Lévy, RDP 1960.1030.

¹⁶⁹ V. M. Waline, Traité de droit administratif, Sirey, 9^e éd., 1963, n° 930, p. 551.

¹⁷⁰ Traduction de : « Administrative tribunals always tend to exclude the jurisdiction of the ordinary law Courts. Administrative Courts are always more or less connected with the Government of the day. Their decisions are apt to be influenced by political considerations. Governmental officials cannot have the thorough independence of judges » (A.V. Dicey, Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, London, Macmillan and Co., 1914, préface à la 2nd éd., p. xliii). On retrouve chez Carré de Malberg le même type d'appréciation : « Cela est, en effet, indéniable : seulement, il est indéniable aussi que le droit dit par l'administrateur ne présentera pas pour les administrés les mêmes garanties que le droit dit par un tribunal ; car, il n'est pas sûr que l'autorité administrative remplisse cet "office", semblable en-soi à celui d'un juge, de la même façon que peut le faire ce dernier. La raison banale en est que l'administrateur, ayant à faire face aux besoins de l'État, peut être dominé ou, du moins, influencé par la considération des intérêts administratifs auxquels il a à pourvoir : sa décision sur des questions de droit est jusqu'à un certain point suspecte, parce qu'elle est plus ou moins intéressée, et pourra dès lors être plus ou moins tendancieuse. Le juge, au contraire, statue d'une façon relativement désintéressée, parce qu'il n'a pas d'action directe à exercer dans l'administration des affaires de l'État et qu'il n'assume pas de responsabilité quant aux résultats de cette dernière : on peut donc espérer que sa décision sera plus impartiale, plus objective, c'est-à-dire plus pleinement adéquate au droit en vigueur » (Contribution à la théorie générale de l'État, préc., p. 766-767).

¹⁷¹ M. Troper parle même de « technique d'ingénierie constitutionnelle — ou, comme on préfère dire, une maxime d'art politique — visant à garantir la liberté » (Dictionnaire électronique Montesquieu, entrée « Séparation des pouvoirs »).

¹⁷² L'expression est connue : tout serait perdu pour la liberté politique « si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers » (C.-L. de Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XI, Chap. 6, G.F., p. 295). Le principe de séparation des pouvoirs est repris dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». V. Histoire des

s'est muée, en France, en une idée de séparation nette et de spécialisation de chacun des pouvoirs comme le montre Michel Troper dans la conclusion de sa thèse¹⁷³. Les trois pouvoirs doivent donc être indépendants les uns des autres. Cette conception est bien illustrée par Léon Duguit qui écrit dans son Traité de droit constitutionnel : « les organes investis de (ces) trois fonctions de l'État seraient trois organes représentant la souveraineté, investis de la souveraineté, absolument indépendants l'un de l'autre et sans action l'un sur l'autre »¹⁷⁴. On comprend dès lors combien cette conception a pu être heurtée par l'émergence des sanctions administratives.

Les autorités de régulation sont dans ce cadre doublement vouées aux gémonies : non seulement elles sont dotées de pouvoirs répressifs importants, mais en plus elles cumulent ce pouvoir avec un pouvoir de réglementation. Ce refus de penser l'autonomie de la fonction contentieuse se manifeste surtout par la création de concepts flous, formés à partir de l'adverbe « quasi ».

§ 2 — Les confusions de la doctrine et le succès de l'adverbe « quasi »

Face à la difficulté à consacrer définitivement la fonction contentieuse de l'Administration, la doctrine ou les juges ont eu recours soit à l'assimilation pure et simple de la fonction contentieuse des autorités de régulation à la fonction juridictionnelle, soit à la création de néologismes.

29. La première attitude consisterait à confondre fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. Cette théorie est défendue par Emmanuel Jeuland qui écrit : « Notre hypothèse est dès lors que les autorités de régulation dans leur fonction de résolution des litiges sont de véritables juridictions, mais qui sont à la fois postétatique/et hyperétatique et qu'elles servent à renouer les liens de droit dans un contexte spécialisé et technique »¹⁷⁵. Les autorités de régulation seraient des juridictions postétatiques car elles sont indépendantes de l'État — mais n'est-ce pas la caractéristique même de la juridiction que d'être, d'une certaine manière, indépendante de l'État. Cette indépendance leur impose par conséquent d'observer une procédure stricte dans la résolution des litiges qui sont portés devant elles.

30. Les autorités de régulation seraient, de surcroît, des juridictions hyperétatiques car elles disposent de pouvoirs plus importants que les juridictions classiques, de « la *jurisdictio* et un [d'un] *imperium* renforcé »¹⁷⁶. Néanmoins, Emmanuel Jeuland reconnaît lui-même que les pouvoirs des autorités de régulation sont communs avec ceux des juridictions : il en est ainsi du pouvoir d'injonction, mais on pourrait en dire autant du pouvoir de sanction. Cette théorie ne peut être retenue. En assimilant des autorités administratives à des juridictions, elle brouille les frontières entre les différents pouvoirs et dilue les catégories d'administration et de juridiction et ne permet pas de penser la spécificité de chaque organe. Elle s'oppose par

idées politiques, tome 2, Du XVIII^e siècle à nos jours, sous la dir. J. Touchard, avec la collab. de L. Bodin, P. Jeannin, G. Lavau, J. Sirinelli, 2^e éd., Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2005, p. 396.

¹⁷³ V. M. Troper, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, L.G.D.J., Bibl. constitutionnelle et de science politique n° 48, 1973, p. 207.

¹⁷⁴ V. L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3^e éd., t. II, p. 660.

¹⁷⁵ V. E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », p. 260 in Les risques de régulation, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005.

¹⁷⁶ V. E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », préc., p. 265.

ailleurs à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui interdit l'attribution d'un pouvoir répressif à certaines autorités administratives indépendantes au motif même qu'elles ne sont pas des juridictions. Elle ne permet pas non plus de comprendre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui fonde le devoir de respecter les garanties du procès équitable sur un critère matériel — celui de la peine infligée ou de l'atteinte aux droits et obligations de caractère civil —, plutôt que sur un critère organique.

31. La même position est défendue par Méлина Douchy-Oudot¹⁷⁷. Tout en reconnaissant que, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les autorités de régulation sont bien des autorités administratives, elle critique cette thèse « pour des raisons à la fois de théorie juridique et de simplification pratique ». Ces instances sont en effet « indépendantes (par définition), permanentes, obligatoires et respectent une procédure aujourd'hui contradictoire et soucieuse des droits de la défense, avec, de surcroît, la possibilité d'un recours devant une juridiction judiciaire ou administrative. Elles rendent de véritables décisions juridictionnelles, puisqu'elles disent le droit à propos d'une contestation. Alors en quoi ne sont-elles pas des juridictions ? » Eh bien, précisément et justement, en ce qu'elles ne rendent pas de décisions juridictionnelles, mais des décisions administratives. Cette définition de la décision juridictionnelle est en réalité celle de la fonction contentieuse.

32. Marie-Anne Frison-Roche, elle, avance que l'office des autorités de régulation se rapprocherait insensiblement de celui des juridictions¹⁷⁸. L'office des autorités de régulation évoluerait ainsi de la régulation à la juridiction à mesure que l'ouverture à la concurrence s'accroît¹⁷⁹. Elle présente cette théorie comme une hypothèse, hypothèse qui permettrait d'expliquer les évolutions législatives tendant à accroître la compétence de ces autorités et qui autorise l'auteur à en tirer diverses conséquences : la régulation deviendrait moins asymétrique, il s'agirait moins de favoriser les nouveaux entrants que de trancher des litiges de manière impartiale. Cette théorie souffre à notre sens des mêmes limites que celle d'Emmanuel Jeuland, sans clarifier la fonction de règlement des différends et sans expliquer clairement l'état du droit. Avec Laurent Richer, il est possible d'affirmer en effet qu'« il est incontestable que le législateur a entendu mettre en place une autorité administrative indépendante et non une juridiction »¹⁸⁰ et c'est pourquoi cet auteur dit bien que les autorités de régulation, et singulièrement la Commission de régulation de l'énergie, sont bien chargées d'une fonction contentieuse dont le modèle peut être la juridiction. Son analyse est donc centrée sur la comparaison entre les offices respectifs du juge et de l'autorité administrative, mais le juge est un repère, un modèle pour la comparaison.

33. À notre connaissance, il n'existe pas dans la doctrine anglo-saxonne de théories assimilant l'office des autorités de régulation à celle des juridictions. Cette spécificité s'explique certainement par la force du modèle juridictionnel et du juge de *common law* dont les caractères, les pouvoirs, le prestige sont tels qu'ils interdisent que l'on puisse penser une

¹⁷⁷ V. Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable, S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, *et alii*, Paris, Dalloz, 5e édition, Coll. Précis Dalloz. Droit privé, 2009, pp. 514-515 suiv..

¹⁷⁸ V. M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends — Entre office de régulation et office juridictionnel civil », p. 276 suiv., in Les risques de régulation, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005.

¹⁷⁹ V. V. M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends — Entre office de régulation et office juridictionnel civil », préc., p. 276.

¹⁸⁰ V. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, p. 402.

telle assimilation. Il est très évident au Royaume-Uni que l'instauration des autorités de régulation s'explique par la volonté d'éviter à tout prix le recours au juge, le modèle juridictionnel étant l'épouvantail ou en tout cas le contre-modèle de la régulation.

34. À côté de cette partie de la doctrine qui assimile fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, un second courant, majoritaire, se rallie à l'utilisation de néologismes formés sur la base de « quasi ». Le terme qui a eu le plus de succès est le terme « quasi juridictionnel ». Ce terme est souvent utilisé en doctrine pour qualifier les pouvoirs des autorités de régulation¹⁸¹.

35. On trouve, à côté de ce terme, le terme « quasi contentieux », inventé par Hauriou¹⁸² et qui est aussi utilisé par la doctrine pour qualifier le pouvoir des autorités de régulation¹⁸³. Il est intéressant de constater qu'Hauriou aurait emprunté cette expression à Dicey¹⁸⁴ et aurait donc traduit le terme anglais « *quasi-judicial* » par quasi contentieux et non quasi juridictionnel¹⁸⁵ ce qui montre bien l'identification complète dans l'esprit d'Hauriou du

¹⁸¹ V. J. Marimbert, « L'office des autorités de régulation », LPA, 3 juin 2002, n° 110, p. 73 ; M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », A.J.D.A. 2001 p. 106 ; S. Beauvillard, G. Bouquet, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », A.J.D.A. 2004 p. 1911 ; F. Fages, S. Rodrigues, « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », A.J.D.A. 2005 p. 1896 ; E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », in M.-A. Frison-Roche (sous la dir.), Les risques de régulation, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2005, p. 257 à 267 ; D. Costa, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », R.F.D.A. 2005 p. 1174 ; L. Rapp, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », A.J.D.A. 2004 p. 2047 ; É. Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », LPA, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26 ; F. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », LPA, 23 janvier 2003 n° 17, p. 17 ; L. Rapp, « L'avenir de la régulation », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2006, n° 17, p. 51 ; M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », D. 2001, chron., p. 613. Une thèse récente emploie aussi ce terme : V. R. Mettoudi, Les fonctions quasi juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, Thèse Nice, 2004. Cet auteur justifie ainsi le choix de ce terme : « Que ce soit dans le cadre de son pouvoir de sanction ou de règlement des différends, l'A.R.T. exerce des fonctions qui, matériellement, relèvent de la fonction juridictionnelle. La qualification de fonction quasi juridictionnelle doit cependant être privilégiée. Ces deux types de fonctions ont pour objet de résoudre un conflit en faisant appel au droit, mais seule la fonction juridictionnelle relève du juge. Par ailleurs, la juridictionnalisation et la judiciarisation de ces procédures instituées par le législateur de 1996, rapprochent à plusieurs égards les fonctions de l'A.R.T. de l'office du juge » (p.16). Mais on le trouve déjà sous la plume de R. Odent qui explique la nécessité d'imposer le respect des droits de la défense, c'est-à-dire une procédure « quasi-juridictionnelle », à l'occasion du prononcé de certaines sanctions administratives (V. R. Odent, concl. sous Conseil d'État, 26 octobre 1945, Aramu et autres, S. 1946.III.1, cité par R. Hostiou qui utilise le même terme, Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 119, 1974, pp. 89-90.

¹⁸² M. Hauriou, « Les éléments du contentieux », in Recueil de législation de Toulouse publié par l'Académie de législation et par la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, 1905, pp. 1-98 et 1907 pp.149-191, ici 1905 pp. 16 et suiv. part. p. 20 et Précis de droit administratif, 6^e éd., Paris, Sirey, 1921, p. 890 in fine. Cette notion est analysée notamment par G. Isaac (La procédure administrative non contentieuse, préc., pp. 36 à 41) et par J.-F. Brisson (Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, préc., pp. 115 à 118).

¹⁸³ V. A. Laget-Annamayer, La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 360. L'utilisation, par cette auteure, de ce terme, est assez énigmatique. Elle l'utilise en titre puis explique, en s'appuyant sur les travaux de J. Chevallier, que les autorités de régulation exercent « une véritable "fonction contentieuse" ».

¹⁸⁴ V. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London, Macmillan and Co., 1897, 5^e éd., p. 317 ; Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, préc., préface à la 2^{nde} éd., p. xliv.

¹⁸⁵ Le fait qu'Hauriou aurait emprunté cette expression à Dicey est rapporté par H. Puget (« Les recours quasi contentieux en droit comparé », R.I.D.C. 1953, vol. 5, n° 2, p. 255 – 264, ici p. 256).

contentieux et du juridictionnel. Cet auteur définit la notion à partir d'éléments formels c'est-à-dire par l'existence d'un débat contradictoire : « Il y a des recours contentieux dans lesquels le débat contradictoire est complètement organisé ; il y a d'autres recours qui méritent le nom de quasi-contentieux parce que le débat contradictoire commence à s'y organiser ; il en est d'autres, enfin, qui ne sont pas contentieux du tout, parce que le débat contradictoire n'y est pas organisé et ne peut même pas y être conçu »¹⁸⁶. Cette notion sera reprise ensuite par Henry Puget et Georges Maleville qui expliquent qu'il existe des recours « de type intermédiaire » à l'occasion desquels « il est statué par une autorité administrative, mais celle-ci ne se prononce qu'après une procédure qui revêt des formes contentieuses et implique souvent l'intervention d'organes divers à allure presque juridictionnelle, chargés de procéder à des enquêtes ou d'émettre des avis sur les solutions que doit recevoir le litige. Ces recours-là sont quasi contentieux »¹⁸⁷. Raphaël Alibert assimile cette notion à l'obligation d'exercer un recours préalable au recours pour excès de pouvoir¹⁸⁸. Cette notion sert donc à qualifier pour une partie de la doctrine le recours hiérarchique.

36. Cette expression peut aussi prendre un dernier sens et servir à désigner en réalité les procédures répressives diligentées par l'administration. Il s'agit ici des « matières quasi contentieuses ». Guy Isaac identifie ces matières à la matière disciplinaire qui a subi une juridictionnalisation en raison de son côté répressif qui l'assimile à la matière pénale¹⁸⁹.

37. Certains auteurs ont aussi pu employer l'expression « parajuridictionnelle ». Le Commissaire Letourneur a qualifié ainsi les Commissions départementales de réorganisation foncière, car elles statuent sur « les droits et obligations d'une certaine catégorie d'administrés » suivant une procédure « quasi juridictionnelle », mais « ayant un caractère purement administratif »¹⁹⁰. L'adjectif parajuridictionnel a aussi servi à désigner la

¹⁸⁶ M. Hauriou, « Les éléments du contentieux », p. 20. On remarque ici l'importance de la procédure pour la qualification de la notion de contentieux.

¹⁸⁷ H. Puget et G. Maleville, « Les recours purement administratifs, mode de protection des administrés », Rev. Adm., p. 111 et 112. Cette catégorie de recours fait l'objet d'un chapitre entier de l'ouvrage écrit par H. Puget et G. Maleville, La révision des décisions administratives sur recours des administrés, Bruxelles, Institut International des Sciences Administratives, 1953, chapitre II. Voir aussi H. Puget, « Les recours quasi contentieux en droit comparé », R.I.D.C., 1953, Vol. 5, n° 2, pp. 255-264 où il définit ainsi cette catégorie : « Comme les recours administratifs, les recours quasi contentieux sont portés devant une autorité qui participe à l'administration active et non pas à un véritable tribunal : ainsi ils sont distincts des recours contentieux. Mais cette autorité, à l'opposé de ce qui a lieu pour les recours purement administratifs, statue après le déroulement obligatoire d'une procédure qui affecte des formes contentieuses et implique souvent l'intervention d'organes divers chargés de procéder à des enquêtes sur les points en litige et d'émettre des avis sur la solution que le litige doit recevoir » (pp. 256-257). La distinction entre le recours contentieux et le recours quasi contentieux obéit à des critères formels et organiques. H. Puget précise ainsi : « en matière quasi contentieuse la procédure n'est pas aussi protectrice, aussi rigoureuse qu'en matière contentieuse, et surtout, après l'achèvement de la procédure, l'autorité qui décide n'est pas un juge établi au-dessus des intérêts contraires, doté d'indépendance, accoutumé à faire prévaloir le droit » (p. 257).

¹⁸⁸ Il écrit ainsi : « La difficulté paraît devoir être résolue par une distinction : si le recours à l'autorité supérieure a un caractère contentieux ou quasi contentieux, il est obligatoire et doit précéder le recours pour excès de pouvoir ; celui-ci doit être intenté à la fois contre la décision qui fait grief et contre celle de l'autorité supérieure. Si au contraire, le recours à l'autorité supérieure n'a qu'un caractère hiérarchique, il est facultatif et ne fait pas obstacle au recours pour excès de pouvoir *omissio medio* » (Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Paris, 1926, p. 189 cité par J.-F. Brisson, thèse préc., p. 116).

¹⁸⁹ G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, préc., p. 36 suiv..

¹⁹⁰ Conclusions sur Conseil d'État, 27 janvier 1950, Baillard, S. 1950, III, 44.

Commission de la concurrence. On ne peut que souscrire à l'appréciation d'Yves Gaudemet qui considère que cette expression « n'a aucun sens en droit »¹⁹¹.

38. Le monde anglo-saxon n'est pas davantage épargné par de tels néologismes. Le terme qui a eu la faveur des juges est le terme *quasi-judicial*. Au Royaume-Uni, ce terme avait d'ailleurs acquis le rang d'une véritable notion juridique puisque l'identification de cette catégorie entraînait l'application de certaines garanties procédurales. On peut lire une analyse approfondie de cette notion dans le Rapport Scott de 1931-1932¹⁹². Ce rapport commence son étude par l'explication du terme « quasi ». Ce terme est utilisé en général pour qualifier une notion qui possède certains caractères d'une autre notion qui sert de référence sans pouvoir néanmoins être identifiée complètement avec cette dernière. Une décision dite « quasi juridictionnelle » possède donc certains caractères, mais pas tous, d'une décision juridictionnelle.

39. Les décisions juridictionnelles supposent l'existence d'un différend¹⁹³ entre une ou plusieurs parties et comprennent quatre critères : la possibilité de présenter des arguments, des preuves si le différend porte sur une question de fait, des arguments juridiques si le différend porte sur une question de droit, enfin cette décision tranche l'affaire en établissant les faits et en leur appliquant le droit. Les décisions quasi juridictionnelles ne comprennent, elles, en plus de l'existence d'un différend, que la possibilité de présenter ses arguments, d'apporter des preuves sur les faits, mais pas nécessairement d'argumenter son cas en droit et jamais le dernier élément de la définition. Ainsi ce qui distingue réellement le juridictionnel du quasi juridictionnel pour ce rapport serait l'application du droit aux faits litigieux, car souvent le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir la solution qu'il entend donner au litige, il n'est donc pas lié le plus souvent par le droit comme l'est un juge, car il est guidé par des considérations politiques et non par l'application stricte de la loi. Dans l'esprit des rapporteurs, c'est bien le pouvoir discrétionnaire du ministre qui fait de cette décision une décision quasi juridictionnelle et non une décision juridictionnelle¹⁹⁴. Le rapport continue ainsi en précisant que si le ministre prend sa décision en se basant strictement sur des questions de droit celle-ci devient de type juridictionnel. En contrepoint, la décision administrative, elle, n'est pas motivée par un différend. Mais un peu plus loin le rapport semble adopter une définition différente puisque s'agissant des principes de *natural justice* qui s'appliquent normalement aux condamnations (c'est-à-dire aux décisions ayant une conséquence négative importante) ; il précise que ces principes s'appliquent aux décisions quasi juridictionnelles ; ce qui les distingue des décisions administratives qui ne sont encadrées d'aucune garantie procédurale. Il y aurait donc un autre critère de la décision quasi juridictionnelle, le caractère punitif. L'auteur concède néanmoins que ces décisions quasi juridictionnelles sont des décisions administratives en raison de leur caractère politique¹⁹⁵.

¹⁹¹ V. Y. Gaudemet, note sur l'arrêt, Conseil d'État, 13 mars 1981, S.A.R. Armand Pellerin et cie et Fédération nationale du négoce de tissu, RDP 1980, pp. 1428-1436, spéc. p. 1435.

¹⁹² Report of the Committee on Ministers' powers (Ministers' Powers), Chair: L. F. Scott, Session 1931-32, Cmd. 4060, spéc. p. 73 suiv..

¹⁹³ On voit ici encore à quel point l'existence du litige est consubstantielle à la définition de la juridiction.

¹⁹⁴ « We have already pointed out in paragraph 2 that a quasi-judicial decision differs from a judicial decision in that it is governed, not by a statutory direction to the Minister to apply the law of the land to the facts and act accordingly, but by a statutory direction or permission to use his administrative discretion and to be guided by considerations of public policy after he has ascertained the facts and, it may be, the bearing of the law on the facts so ascertained » (Report of the Committee on Ministers' Powers, préc., p.88).

¹⁹⁵ « In this instance it is plain that the Minister's functions are as strictly judicial as any function can possibly be. The sole considerations by which he is entitled to be influenced in arriving at a decision are considerations of

On le voit, les critères d'identification de la notion de décision quasi juridictionnelle sont loin d'être clairs. En résumé, la décision quasi juridictionnelle est une décision administrative prise après l'observation de certaines procédures¹⁹⁶. Robson¹⁹⁷ et Jennings¹⁹⁸ ont fait une critique décisive de cette notion. Aujourd'hui cette notion n'est plus utilisée en jurisprudence. L'obscurité de cette notion manifeste bien¹⁹⁹, s'il en était besoin, la nécessité de se doter d'autres concepts et de penser la fonction contentieuse de l'Administration en elle-même et non plus par rapport à la fonction juridictionnelle.

Ces expressions posent donc des problèmes conceptuels majeurs. Le recours à l'adverbe « quasi » empêche de penser la spécificité de la procédure devant l'Administration²⁰⁰, il manifeste « bien que ses tenants ne se départissent pas de l'idée que la procédure ne se conçoit pas sans la juridiction ou un succédané ; elle se situe encore dans le cadre du monopole procédural de la juridiction »²⁰¹. Cette construction doctrinale est qualifiée de « pernicieuse » par Jean-François Brisson²⁰² et impose de tenter de dépasser ce problème en utilisant des concepts appropriés.

Conclusion de la Section 2

Il est ainsi piquant de constater que l'imprégnation idéologique de certaines notions engendre des compromis qu'illustrent bien toutes les créations doctrinales concernant la fonction contentieuse de l'Administration. La doctrine, face à l'essor tant de la répression administrative que du pouvoir de règlement des différends, a pu soit considérer qu'il s'agissait purement et simplement d'une fonction juridictionnelle (essentiellement chez les privatistes), soit préférer s'en remettre à des notions floues construites à partir de l'adverbe quasi.

Conclusion de la Chapitre II

L'essor de la fonction contentieuse de l'Administration est un fait tant en France qu'au Royaume-Uni. Les autorités administratives indépendantes et en leur sein, les autorités de régulation, ont largement bénéficié de cette évolution en se voyant reconnaître de larges

justice between the parties. No question of policy arises and no consideration of policy must influence him. The duty imposed upon him by the section is the duty of acting strictly as a judge » (Report of the Committee on Ministers' Powers, préc. p. 89).

¹⁹⁶ G. W. Paton, A textbook of jurisprudence, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 336. Voir aussi H. W. R. Wade, « 'Quasi-Judicial' and its Background », Cambridge Law Journal, 1949, vol. 10, pp. 216-240.

¹⁹⁷ Justice and Administrative Law, préc., pp. 446-447. Plus loin, il conclut de manière humoristique : « The members of the tribunal, having concluded their quasi-judicial business, then go out and drink quasi-beer before taking lunch consisting of quasi-chicken croquettes. Then go home to their quasi-wives » (p. 496).

¹⁹⁸ Il juge cette notion inutile et trompeuse, V. I. Jennings, The law and the Constitution, 3rd ed., Appendice 1.

¹⁹⁹ V. l'expression de perplexité du juge Maugham dans cette décision : *Errington and Others v Minister of Health* [1935] 1 K.B. 249, préc. p. 269.

²⁰⁰ Cette constatation est faite tant par G. Isaac que par J.-F. Brisson. G. Isaac critique cette notion, car « elle maintient un obstacle sur la voie de la notion globale de Procédure Administrative Non Contentieuse ». Elle « interdit pratiquement d'accéder à la prise de conscience » de cette notion (p. 39). Voir aussi J.-F. Brisson Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, préc., p. 116.

²⁰¹ G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public t. n° 79, 1968, pp. 39 et 40.

²⁰² J.-F. Brisson, Les recours administratifs en droit public français, p. 117.

pouvoirs pour régler des litiges privés ou pour sanctionner les infractions aux lois et règlements que ces autorités ont la charge d'exécuter dans le cadre de leur mission.

Pourtant, cette évolution indéniable ne s'est pas accompagnée d'une clarification des notions et ces pouvoirs, mal acceptés par la doctrine, ont été aussi mal pensés. La force d'attraction du modèle de la séparation des pouvoirs, pourtant loin d'être clair et assuré au niveau constitutionnel, a entraîné, en droit administratif, une difficulté à penser cette fonction naissante.

Conclusion du Titre I

Au terme de cette première étape de notre introduction, il a semblé nécessaire de justifier l'emploi du terme central du sujet, le terme de contentieux. Celui-ci, indissolublement attaché, à la notion de juridiction, a dû être précisé et replacé dans l'évolution historique qui a permis sa construction. La mise à jour de l'histoire de cette notion amène à constater que, si les deux pays partagent une même conception de la notion de contentieux, ce point de rencontre ne signifie pas des histoires parallèles, bien au contraire.

Pour des raisons pratiques, mais aussi, peut-être, parce que ce pays venait de mettre fin au dualisme juridictionnel en fusionnant les juridictions d'*equity* et de *common law* — dualisme qui avait d'ailleurs déchaîné les foudres de Charles Dickens dans *Bleak House* — le Royaume-Uni n'a pas réitéré l'expérience face à la naissance du pouvoir administratif. En 2007, ce pays met fin à une anomalie historique en juridictionnalisant la fonction contentieuse de l'Administration. Il est intéressant de constater qu'au moment — dans la première moitié du XX^e siècle — où en France on crée des juridictions administratives spécialisées pour administrer les nouvelles tâches que l'essor de l'État providence ne manqua pas de générer²⁰³, au Royaume-Uni, ce sont des *tribunals*, qui sont créés.

L'histoire de la fonction contentieuse et de ses différents transferts de l'Administration aux juridictions ne doit pas masquer une permanence : celle-ci est considérée dans les deux pays comme devant appartenir à un organe indépendant, les juridictions. Cette conception ne peut toutefois pas tenir, face à l'éclatement contemporain de la fonction contentieuse entre divers organes : l'Administration et la Justice. Cet éclatement impose de repenser cette fonction contentieuse à nouveaux frais pour pouvoir manifester tant son contenu que sa spécificité.

À ce stade, l'utilisation de la notion de contentieux justifiée, il convient de se tourner vers un nouveau but : la construction de l'objet de la recherche, pour en fixer clairement les bornes.

²⁰³ V. G. Peiser, Le recours en cassation en droit administratif français, Évolution et régime actuel, Sirey, spéc. pp. 135-136. Ces créations furent justifiées par le refus de remettre ce pouvoir à l'administration active afin d'éviter l'arbitraire.

TITRE II CONSTRUCTION DE L'OBJET DE LA RECHERCHE

Il s'agira ici de délimiter notre objet d'étude. En effet, l'objet que nous nous proposons d'étudier ne se livre pas de manière évidente à une appréhension claire et distincte. Les notions que comporte notre sujet ne sont pas des notions clairement définies en droit positif ou en doctrine. Si nous avons justifié les termes de notre sujet — l'emploi du terme contentieux —, il nous reste à mettre de la substance derrière ces termes pour fixer le cadre de l'étude. Or notre étude de droit comparé soulève des difficultés dans la construction d'un périmètre clair. Tant la notion de fonction contentieuse que celle d'autorité de régulation sont obscures et cette obscurité est renforcée par l'angle que nous nous proposons d'adopter, le droit comparé.

Il faudra donc d'abord tenter de cerner la notion de fonction contentieuse (Chapitre I), pour ensuite délimiter celle d'autorité de régulation (Chapitre II).

*

Chapitre I – La notion de fonction contentieuse

Chapitre II – La notion d'autorité de régulation

CHAPITRE I — LA NOTION DE FONCTION CONTENTIEUSE

La délimitation du périmètre des fonctions contentieuses étudiées nécessite d'abord de préciser le sens de la notion de fonction (Section 1), ensuite d'expliciter le contenu de la notion de fonction contentieuse (Section 2).

*

Section 1 — La notion de fonction

Section 2 — La notion de fonction contentieuse

Section 1 — *La notion de fonction*

Après avoir étudié les différents sens que la notion de fonction peut revêtir (§ 1), nous établirons le sens retenu dans cette étude (§ 2).

§ 1 — Les différents sens de la notion de fonction

40. Deux sens sont communément attribués à la notion de fonction. Le vocabulaire juridique de Gérard Cornu indique ainsi que la fonction est le « service d'un but supérieur et commun » et que donc, par métonymie, elle désigne « l'ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service »²⁰⁴. Charles Eisenmann²⁰⁵, et Gérard Timsit²⁰⁶ à sa suite, identifient donc deux ensembles que la notion de fonction embrasse : la notion de fonction-objet et celle de fonction-fin.

Il nous semble cependant que trois sens peuvent être dégagés de la notion de fonction. Tout d'abord, la plupart des auteurs utilisent cette notion pour désigner un objet qui est en fait son produit, ses fruits (c'est-à-dire les actes juridiques qui en sont issus) (I). Ensuite, la notion de fonction peut servir à identifier la fin, c'est-à-dire les missions qui incombent à l'organe chargé de cette fonction (II). Enfin, elle permet de réfléchir au rôle que cette fonction joue par rapport à un tout, à un ensemble, par rapport à cette mission qu'on lui a attribuée (III).

²⁰⁴ V. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Gérard Cornu (dir.), 8^e éd., P.U.F., 2007.

²⁰⁵ V. C. Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 184-185 ; V. aussi R. Drago, « Les fonctions de l'État dans la pensée de C. Eisenmann », dans *La pensée de C. Eisenmann*, sous la dir. de P. Amselek, Economica, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986, pp. 75 à 83.

²⁰⁶ V. G. Timsit, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., *Bibl. de droit public* n° 54, 1963, pp. 2 à 16.

I — La notion de fonction-objet

41. « La fonction-objet désigne [...], dans le Droit, le produit, le résultat de l'activité de l'organe, c'est-à-dire l'acte d'un organe ou d'un agent, au terme d'une activité qui a précisément pour objet l'édiction de cet acte »²⁰⁷. Ce premier sens de la notion de fonction se concentre donc sur « les « objets » qui sont comme les produits de l'activité des organes étatiques, en considérant exclusivement ce qu'ils sont en eux-mêmes. Autant de grandes sortes d'objets produits, autant de fonctions principales »²⁰⁸. Léon Duguit²⁰⁹, Carré de Malberg²¹⁰ et Denys de Béchillon²¹¹ adoptent eux aussi une semblable définition de la notion de fonction.

42. Raymond Carré de Malberg précise ainsi que la fonction doit être différenciée de l'organe qui en est chargé qu'il définit comme « les différents personnages ou corps publics chargés de remplir les diverses fonctions du pouvoir »²¹². Une fonction juridique peut donc être attribuée à différents organes. Il va plus loin et affirme aussi que la fonction doit être distinguée des attributions de l'État (sécurité, monnaie, etc.). D'après Carré de Malberg, la théorie juridique des fonctions « répond à la question de savoir au moyen de quels actes l'État remplit les diverses attributions qu'il a pu assigner. Analysant juridiquement ces actes, elle les distingue et les classe en groupes séparés, dont chacun forme une branche d'activité, partie de puissance, ou fonction, de l'État »²¹³. Aussi, pour Francis Hamon et Michel Troper « La théorie des fonctions est donc le produit d'une classification des actes. Les fonctions ne sont rien d'autre que des classes d'actes »²¹⁴.

Ces objets, résultats de la fonction, permettent de mettre en œuvre une fin, une mission déterminée qui constitue le second sens de la notion de fonction, la fonction-fin.

II — La notion de fonction-fin

43. La notion de fonction-fin invite à s'interroger sur la mission, le but de l'institution. Maurice Hauriou met en évidence l'importance de la notion de fonction dans le phénomène

²⁰⁷ V. G. Timsit, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, préc., p. 12.

²⁰⁸ V. C. Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 184-185. V. aussi C. Eisenman, *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., 1982, p. 168, n° 12 suiv. : « les fonctions de l'Administration, c'est ce qu'elle fait, ce sont les actes qu'elle accomplit, c'est le produit de son activité » (spéc. tome 2, p. 15). V. aussi R. Drago, « Les fonctions de l'État dans la pensée de C. Eisenmann », in *La pensée de C. Eisenmann*, sous la dir. de P. Amselek, Economica, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986, pp. 75 à 83).

²⁰⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, E. de Boccard, 1927-1930, p. 707, §66. L. Duguit adopte comme définition de la fonction juridique la « nature interne au point de vue du droit de l'acte qu'il accomplit » (p. 154). Il rejette l'utilisation du critère organique pour définir la fonction juridique.

²¹⁰ V. Contribution à la théorie générale de l'État, tome 1, préc., p. 258, n° 87 : « Par fonctions étatiques il faut entendre, en droit public, les diverses activités de l'État ». Il ajoute dans la note 1 de cette même page : « Les fonctions du pouvoir, ce sont les formes diverses sous lesquelles se manifeste l'activité dominante de l'État : par exemple, édicter la loi est un des modes d'exercice de la puissance étatique, une fonction du pouvoir ».

²¹¹ V. D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 45.

²¹² V. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, préc., p. 259.

²¹³ V. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, préc., p. 260.

²¹⁴ V. F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Coll. Manuel, 2009, p. 122.

d'institutionnalisation du pouvoir en ordonnant et en soumettant le pouvoir à une idée, qui est dans le cas de l'institution administrative l'idée de service : « C'est cette idée qui engendre à la fois la fonction administrative, les fonctions publiques et les fonctionnaires. Les agents deviennent des fonctionnaires parce que leur principale préoccupation doit être l'accomplissement de leur fonction, c'est-à-dire de leur service, et que le pouvoir qu'ils détiennent ne doit être qu'un moyen d'aboutir à ce résultat »²¹⁵. De même, Francis-Paul Bénéoit définit la notion de fonction comme « un ensemble de missions constituant un tout homogène »²¹⁶.

Objet, mission, la notion de fonction peut enfin revêtir un troisième sens, celui de rôle, qui lie ensemble objet et mission.

III — La fonction-rôle

44. La notion de fonction invite aussi à réfléchir au rôle que cette mission joue par rapport à un tout. Ce dernier sens envisage la fonction comme participant à une mission plus globale. Il s'agit donc ici d'en dégager le rôle. Comme le dit Charles Eisenmann il faut envisager dans la fonction-fin « quels rôles l'appareil étatique assume envers la collectivité étatique au sein de laquelle il agit, c'est-à-dire en quoi il contribue à sa vie, ce qu'il lui apporte (en n'associant pas de plein droit à ce dernier terme l'idée favorable de bienfait). Dans cette perspective, on est amené à considérer les fins de l'action étatique, ses objectifs, sinon ultimes, du moins relativement lointains »²¹⁷. L'auteur assimile fin et rôle, deux sens qu'il faut pourtant distinguer. C'est aussi la signification que développe le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit qui définit cette notion comme la « tâche qu'une partie a à accomplir en relation avec un tout ». La notion de fonction permet de penser une partie en relation avec un tout. Ce sens est proche du sens philosophique de la fonction qui correspond au « rôle propre et caractéristique joué par un organe dans un ensemble dont les parties sont interdépendantes »²¹⁸.

On le voit, la notion de fonction est éminemment polysémique. Parmi ces différents sens, il faut à présent préciser l'utilisation que nous comptons faire de cette notion.

²¹⁵ V. M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public (12e éd.), Paris, Dalloz, Coll. La bibliothèque Dalloz 2002, pp. 13 et 14.

²¹⁶ V. F.-P. Bénéoit, Le droit administratif français, Dalloz, 1968, p. 27 suiv., spéc. n° 49. L'homogénéité peut venir du contenu des missions, du « régime selon lequel ces missions sont assurées et, notamment, en considération de l'organe qui les assume (...) une fonction est alors un ensemble de missions exercées selon un même régime ». F.-P. Bénéoit choisit l'option de définir les institutions par leur régime, car c'est la « seule méthode scientifiquement valable » et il retient comme définition de la notion de fonction « la catégorie de missions constituant un ensemble homogène par leur régime, et notamment compte tenu de leur attribution à un organe déterminé, élément essentiel de ce régime. L'analyse scientifique des fonctions doit donc avoir pour but d'exprimer globalement l'ensemble indissociable que constitue l'organe et les missions qu'il assume » (n° 49).

²¹⁷ V. C. Eisenmann, Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 184-185.

²¹⁸ V. A. Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige n° 133, 1991, entrée « fonction ».

§ 2 — Les sens retenus

L'étude de la fonction contentieuse des autorités de régulation en droit administratif comparé retiendra comme sens principal de la notion de fonction, celui de fonction-objet. C'est en effet le produit, les actes que nous voudrions étudier principalement. L'identification de ces actes permettra de leur appliquer un certain régime juridique.

Aussi, sans écarter totalement de la réflexion la recherche sur les missions et le rôle de cette fonction contentieuse, nous nous attacherons principalement à analyser et décrire le produit de l'activité contentieuse des autorités de régulation.

Conclusion de la Section 1

Au sein de l'ensemble des significations que la notion de fonction peut revêtir, nous privilégierons celle de fonction-objet. C'est avant tout l'étude du produit de la fonction contentieuse que nous nous proposons de mener. Aussi nous concentrerons-nous essentiellement sur la définition des différents actes contentieux afin de pouvoir ensuite étudier leur régime et la manière dont le juge les contrôle.

Cette précision permet d'aborder à présent l'identification plus précise de la notion de fonction contentieuse.

Section 2 — *La notion de fonction contentieuse*

45. Comme nous avons pu l'analyser précédemment, la principale difficulté à surmonter pour définir la notion de fonction contentieuse est le besoin de dissocier cette fonction de celle de fonction juridictionnelle. Pourtant, à la suite de Jacques Chevallier, il est possible de dissocier les notions de juridiction et de contentieux afin de donner son véritable sens à la seconde. Cet auteur montre bien que la fonction contentieuse doit être dissociée de la fonction juridictionnelle, cette dernière n'étant qu'une modalité d'expression, parmi d'autres, de la fonction contentieuse. « La fonction juridictionnelle est, dit-il, l'illustration de ce processus d'institutionnalisation de la fonction contentieuse qui incombe au système social, d'apaiser les conflits apparus en son sein »²¹⁹. L'identification de la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle est « déformante », car elle « signifierait qu'il n'y a pas de contentieux là où aucun juge n'intervient »²²⁰. En outre, comme le remarque Marcel Waline, les juridictions peuvent exercer des fonctions non contentieuses²²¹, ce qui pousse l'auteur à conclure qu'« il [lui] paraît certain que les deux notions de « juridiction » et de « contentieux » ne se recouvrent pas »²²², que « contentieux et juge ne coïncident pas nécessairement »²²³.

²¹⁹ Ibid., p. 278.

²²⁰ M. Gjidara, La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative, L.G.D.J. 1972, Bibl. de science administrative n° 5, p. 66.

²²¹ L'auteur donne comme exemple l'homologation d'un acte par une juridiction ou l'exercice par un juge d'une fonction administrative comme le juge des tutelles. V. « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », RDP, 1928, pp. 441-462, ici p. 446. Les analyses de cet article seront reprises dans la préface écrite par ce même auteur aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, Sirey, 1975.

²²² V. M. Waline, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », préc., p. 445.

46. Les deux notions ne se recoupent donc pas nécessairement. Il y a donc la place pour la reconnaissance d'une fonction contentieuse propre à l'Administration. Jean-Marie Auby avance ainsi : « On peut, comme l'a montré Jacques Chevallier, désigner sous le nom de fonction contentieuse l'ensemble constitué par la fonction juridictionnelle et celle qu'assure l'Administration dans le cas du recours administratif »²²⁴. Cette position semble de mieux en mieux acceptée par la doctrine²²⁵, surtout dans le domaine de la régulation²²⁶.

47. Jacques Chevallier définit la fonction contentieuse comme étant celle qui « consiste à trancher des problèmes contentieux ». Cette fonction nécessite donc la réunion de deux éléments : d'une part l'existence d'une « donnée de fait, la situation contentieuse » et d'autre part « une intervention directe en vue de la résoudre [...] par application du droit en vigueur »²²⁷. Il faut par conséquent, d'une part, une situation contentieuse qui peut être définie avec Jacques Chevallier comme « un incident quelconque qui se produit au cours des

²²³ V. L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », A.J.D.A., 1997, p. 3 ; voir aussi la thèse de J.-F. Brisson dont le sous-titre est « Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel ».

²²⁴ V. J.-M. Auby, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », R.F.D.A. 1995 p. 91.

²²⁵ Les auteurs du Traité de contentieux administratif conviennent d'ailleurs volontiers que rien n'empêche d'étendre la notion de contentieux à d'autres modalités de règlement des litiges (J.-M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, L.G.D.J., 1962, t. 1, p. 2) ; voir aussi la thèse de P. Bern, La nature juridique du contentieux de l'imposition, L.G.D.J. 1972, Bibl. droit public n° 109, p. 6 ; V. aussi cette appréciation de J. Caillousse : « Il convient tout d'abord de le rappeler : il est sans doute des situations pour lesquelles le règlement non contentieux — mieux vaudrait dire : non juridictionnel (...) des litiges pourrait s'avérer impossible, même si, notons-le, l'obligation de recourir au juge intéresse la relation administrations/administrés et non les rapports d'interdépendance administrative » (*in*, « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration — Ébauche d'une problématique », A.J.D.A. 2003 p. 880).

²²⁶ P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », A.J.D.A., 2004, p. 1060. Cet auteur utilise le terme de fonction contentieuse à plusieurs reprises et reconnaît qu'« avec les autorités de régulation, nous sommes donc confrontés à l'existence d'un contentieux sans juridiction ». V. pour la Commission de régulation de l'électricité (ancienne Commission de régulation de l'énergie) le commentaire de L. Richer de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (A.J.D.A. 2000 p. 239) ; G. du Puy-Montbrun, B. Martor, « La Commission de régulation de l'électricité », LPA, 14 janvier 2000 n° 10, p. 9 ; voir aussi concernant l'Autorité des marchés financiers, D. Costa, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, Société GSD Gestion et M. YX », R.F.D.A. 2005 p. 1174 ; R. Godet, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », R.F.D.A. 2002 p. 957 ; concernant l'Autorité de régulation des télécommunications J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », R.F.D.A. 1996 p. 909 ; pour le Conseil de la concurrence, voir la thèse de J.-J. Menuret, Le contentieux du conseil de la concurrence, Clermont-Ferrand, P.U. de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Paris, L.G.D.J., 2002 ; J.-J. Menuret, « La saisine d'office du Conseil de la Concurrence au regard de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Contrats Concurrence Consommation, 2002 n° 1, pp. 4 -12 ; R. Poesy, « Le Conseil de la concurrence et les collectivités territoriales », JCP A n° 5, 28 janvier 2008, 2019 ; L. Driguez, « Le juge, garant de l'efficacité du principe de prescription en droit français de la concurrence — (à propos de l'arrêt de la CA Paris, 1re ch. H, 23 mai 2006, sur l'affaire de la construction de l'hémicycle du Parlement européen de Strasbourg) », JCP E n° 36, 7 septembre 2006, 2279 ; pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel Bernard Beignier et Serge Regourd, « Droit de la presse et des médias », JCP G n° 20, 16 mai 2007, I 156 ; les études générales sur les autorités administratives indépendantes utilisent aussi ce terme voir J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », A.J.D.A. 1999 p. 847 ; R. Salomon, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière — Conformité aux garanties fondamentales », JCP G n° 42, 18 octobre 2000, I 264.

²²⁷ Ibid., p. 280.

opérations de formation, d'élaboration ou d'exécution du droit »²²⁸. D'autre part, cet incident doit prendre une certaine forme. Il faut en effet qu'il y ait une contestation²²⁹, un « différend d'opinion »²³⁰, une « opposition des prétentions [étant] l'élément nécessaire de la formation, ou, si l'on veut, de la liaison du contentieux »²³¹. La présence d'un différend, d'un litige ou d'une opposition de « prétentions » pour utiliser le terme de Henry Motulsky²³², est au centre de la notion de contentieux : « La contestation, remarque Jean Carbonnier, c'est le procès, et celui-ci est sûrement un élément de la notion de contentieux, étant entendu, du reste, que la contestation n'est pas toujours une contestation entre deux individus, mais peut être une contestation entre la société et l'individu, comme nous en avons un exemple dans le contentieux pénal ou dans le contentieux proprement administratif. Il n'est pas non plus toujours nécessaire que la contestation soit, d'ores et déjà, réalisée ; la possibilité d'une contestation, une contestation virtuelle pourrait suffire, sociologiquement, à caractériser le contentieux »²³³.

48. Nous définirons la notion de contentieux comme la solution juridique d'une situation contentieuse, comme « l'activité qui consiste à dire le droit, en mettant fin à un litige »²³⁴. Cette définition correspond à celle que Roger Bonnard donnait de la « fonction matériellement juridictionnelle »²³⁵. Ici, une distinction est néanmoins nécessaire. La situation contentieuse peut naître dans deux cas de figure. D'une part, elle peut émerger de l'initiative de l'administré, qui contestera soit l'action administrative, en refusant éventuellement d'exécuter une obligation légale ou réglementaire au motif que cette dernière ne serait pas légale, soit qui contestera devant l'Administration les droits d'un autre administré. Elle peut d'autre part se former à l'initiative de l'Administration, au motif que l'activité d'un administré ne se conformerait pas aux obligations légales et réglementaires qui s'imposent à lui.

49. Les autorités de régulation détiennent les deux types de fonction contentieuse. Elles possèdent d'abord un pouvoir de règlement des différends, en ce sens, elles se trouvent au cœur de la fonction contentieuse dont l'objet est l'apaisement des litiges sociaux. Elles détiennent ensuite une palette de pouvoirs de coercition qui vont de l'injonction à la sanction, en passant par les mesures d'urgence. Ce sont ces différents actes qu'il s'agira d'identifier dans le cadre de notre première partie. Avec ces pouvoirs, elles peuvent mettre fin aux deux types de situations contentieuses identifiées.

²²⁸ Ibid., p. 280.

²²⁹ V. L. Moureau, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Dabin*, pp.179-196, ici p. 186.

²³⁰ *Ibidem*, p. 187.

²³¹ V. M. Waline, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 441-. 462, ici p. 446. Les analyses de cet article seront reprises dans la préface écrite par ce même auteur aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975.

²³² V. H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, spéc. p. 5.

²³³ V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique : le procès et le jugement*, 1961-1962, pp. 161-162. V. aussi E. Jeuland, *Droit processuel*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 2007, pp. 27-28 ; A. Bolze, « La notion de litige juridique », *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004. Antoine Bolze définit le litige à partir du doute « qu'il fait naître sur l'application de la règle juridique qui lui est applicable » (spéc. p. 44).

²³⁴ V. P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.* 2004 p. 1060.

²³⁵ V. R. Bonnard, *Le Contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, p. 21

Conclusion de la Section 2

La fonction contentieuse sera donc entendue dans le cadre de cette étude comme celle qui vise à surmonter toute difficulté dans l'exécution du droit par la production d'un acte juridique contraignant. Ces difficultés peuvent ainsi résulter d'un litige entre des personnes privées sur l'exécution de certaines obligations ; elles peuvent aussi naître du comportement de ces mêmes personnes, comportement contraire à la volonté des législateurs tant européen que national. Les autorités de régulation disposent en effet de grands types de pouvoirs : un pouvoir de résolution des litiges privés et, en plus, un pouvoir coercitif destiné à surmonter la mauvaise volonté des personnes privées dans l'exécution de leurs obligations légales. Dans le cadre de ce dernier pouvoir nous montrerons que la palette de pouvoirs à la disposition de ces autorités est très large : ils sont à la fois de nature répressive, de nature corrective ou, encore, de nature à pouvoir faire face à l'urgence par le prononcé de mesures conservatoires. C'est l'ensemble des actes produits dans l'exercice de ces différents pouvoirs qui fera l'objet de l'étude.

Conclusion du Chapitre I

À partir du choix d'étudier principalement la notion de fonction-objet — sans toutefois exclure du champ de la recherche une réflexion sur les missions et le rôle des pouvoirs contentieux de ces autorités —, nous en sommes venus à cerner plus précisément, à partir des travaux de Jacques Chevallier, la notion de contentieux. Le croisement de ces différentes significations amène à mieux cerner le cadre de la recherche : nous centrerons donc l'analyse sur l'étude des actes produits par les autorités de régulation dans l'exercice des pouvoirs que le législateur leur a conféré afin de surmonter l'ensemble des difficultés que les litiges privés ou encore, les comportements contraires à la loi, pourraient susciter dans l'exécution des objectifs des législateurs européen et national.

Ce champ d'étude couvre autant les pouvoirs de résolution des litiges privés que les pouvoirs coercitifs, ce terme permettant de regrouper sous cette catégorie à la fois les pouvoirs répressifs et les pouvoirs correctifs ou, enfin, les mesures d'urgence.

La notion de fonction contentieuse étant précisée, il reste à présent à fixer le critère organique de l'étude : la notion d'autorité de régulation.

CHAPITRE II — LA NOTION D'AUTORITÉ DE RÉGULATION

La précision de la notion d'autorité de régulation constitue la seconde difficulté du sujet. Abondamment utilisée en doctrine et dans le droit positif, elle ne fait pourtant pas l'objet d'un consensus doctrinal et elle ne reçoit pas de définition claire et précise. En conséquence, il faudra d'abord tenter d'exposer les difficultés à construire la notion d'autorité de régulation (Section 1), pour tenter ensuite d'élaborer cette notion (Section 2).

*

Section 1 — Recherche d'une méthode de construction de la notion d'autorité de régulation en droit comparé

Section 2 — Élaboration de la notion d'autorité de régulation en droit comparé : partir du droit de l'Union européenne

Section 1 — *Recherche d'une méthode de construction de la notion d'autorité de régulation en droit comparé*

La construction d'une méthode pour élaborer la notion d'autorité de régulation en droit comparé n'est pas chose aisée. Il faut en effet constater d'abord l'absence de précédents doctrinaux (§ 1) ainsi que l'échec de différentes options méthodologiques (§ 2).

§ 1 — L'absence de précédents doctrinaux

L'absence de précédents doctrinaux se fait sentir à deux niveaux. D'une part, les auteurs qui ont entrepris d'étudier des institutions administratives en droit comparé n'ont pas élaboré de méthode particulière que l'on pourrait utiliser ici (I). D'autre part, en doctrine, les études utilisant la notion d'autorité de régulation restent centrées sur le droit national (II).

I — La construction doctrinale des notions d'institutions administratives en droit comparé

50. Les recherches consacrées à l'étude d'institutions font rarement état d'une méthode pour élaborer une catégorie juridique d'institution en droit comparé. Comme le remarque Andrée Martin-Pannetier, « l'étude comparative de droits différents se heurte toujours à une difficulté de base, celle de l'identité ou tout au moins de l'équivalence des notions »²³⁶. Malgré cette affirmation, cet auteur ne théorise pas une méthode pour définir la notion d'établissement public qu'il se propose pourtant d'étudier. Afin de surmonter cette difficulté,

²³⁶ A. Martin-Pannetier, *Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais*, L.G.D.J. 1966, Bibl. droit public n° 63, p. 2. V. aussi les explications de C. Pollitt, « Not Odious But Onerous: Comparative Public Administration », *Public Administration*, 2011, vol. 89, pp. 114–127.

elle analyse successivement le contenu de la notion dans chaque pays. Après avoir défini les critères de l'établissement public en droit français, elle entreprend l'analyse du droit anglais. La méthode mise en place pour l'analyse de la notion équivalente en droit anglais est difficile à mettre à jour. Apparemment, Andrée Martin-Pannetier part de l'hypothèse, d'ailleurs exacte, que l'équivalent en droit anglais de l'établissement public est la notion de *public corporation*. Elle s'aide de la traduction pour cela²³⁷. Une fois cette notion posée, l'auteur l'analyse, en la comparant avec la notion française. Toutefois, elle n'élabore à aucun moment un concept d'établissement public commun aux deux pays.

51. Les ouvrages d'institutions administratives comparées ne permettent pas non plus de dégager une méthode générale pour définir une institution en droit comparé, car ils s'intéressent davantage aux régimes (entrée dans la fonction publique, etc.) qu'aux notions juridiques. L'ouvrage d'Henry Puget²³⁸ étudie l'Administration de manière très générale, qu'il distingue du gouvernement par son rôle et sa place. L'utilisation d'une catégorie aussi large facilite la comparaison, en partant du présupposé que les notions sont équivalentes. En outre, l'approche thématique qui caractérise les manuels d'administrations comparées évite la difficulté, car ils s'intéressent par exemple aux modalités d'entrée dans la fonction publique et non pas à la notion elle-même d'administration en droit comparé. Le cours de Guy Braibant²³⁹ et l'ouvrage de Jacques Ziller²⁴⁰ ne fournissent pas davantage d'indices sur la méthode à adopter. En réalité, bien souvent, les ouvrages de droit comparé postulent l'équivalence des notions et ne cherchent pas à les élaborer à partir du droit positif.

L'étude de la doctrine manifeste donc une lacune quant à la définition d'une méthode de construction d'une catégorie d'institution administrative en droit comparé. La recherche peut-elle être plus fructueuse si l'on s'attache aux définitions doctrinales de la notion d'autorité de régulation ?

II — L'utilisation doctrinale de la notion d'autorité de régulation

La doctrine française utilise volontiers ce terme, tout comme la doctrine anglaise celui de « *regulatory authority* ». Ces deux notions ne sont toutefois pas tout à fait équivalentes puisque l'expression « *regulatory authority* » signifie en toute rigueur autorité réglementaire. Les notions élaborées ou utilisées par la doctrine et qui se rapprochent de notre objet ne sont toutefois pas suffisamment homogènes pour pouvoir constituer de véritables notions juridiques. Les autorités de régulation sont parfois intégrées à une catégorie plus large, celle d'autorité indépendante de marché (A), plus souvent elle fait l'objet d'un traitement autonome (B).

²³⁷ Ibid., p. 24.

²³⁸ V. H. Puget, *Les institutions administratives étrangères*, Dalloz, 1969, *Études politiques économiques et sociales*, n° 17.

²³⁹ V. G. Braibant, *Institutions administratives comparées : les contrôles*, Fondation nationale des sciences politiques, 1985.

²⁴⁰ V. J. Ziller, *Administrations comparées : les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, 1993, Domat droit public.

52. Ainsi, Jean-Yves Chérot élabore une notion, qu'il appelle autorité indépendante de marché²⁴¹. Cette catégorie d'autorité appartient à la catégorie plus large des autorités administratives indépendantes et se caractérise par sa mission, la « surveillance des marchés pour y garantir la concurrence, la transparence, le respect d'exigences de sécurité ou plus largement une régulation économique »²⁴². C'est donc un critère fonctionnel qui permet d'identifier cette catégorie et qui regroupe aussi bien, pour cet auteur, l'A.R.C.E.P. que la C.R.E., l'A.M.F., le C.E.C.E.I. ou la C.S.A.. Il distingue dans cette catégorie les « véritables » autorités indépendantes de marché des autres, les premières disposant d'un pouvoir de sanction. Jean-Yves Chérot explique que « l'existence d'une autorité de marché [est] considérée comme un élément constitutif du concept de régulation ».

53. Sophie Nicinski utilise, elle aussi, la notion d'autorité administrative indépendante de marché²⁴³. Cette notion se définit par des caractéristiques organiques ainsi que par une fonction propre, la régulation sectorielle²⁴⁴. L'autorité indépendante de marché s'appuie donc sur la catégorie de l'autorité administrative indépendante et elle est en outre chargée d'une fonction particulière que l'auteur définit ainsi : « Dans son acception la plus globale, la régulation peut se définir comme l'ensemble des interventions de l'État destinées à garantir le projet économique dont s'est dotée une communauté humaine. Plus restrictivement elle désigne l'ensemble des mécanismes permettant de garantir le bon fonctionnement d'un marché ou d'un secteur [...] On a retenu une définition intermédiaire de la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation »²⁴⁵. L'ensemble des prérogatives ainsi que les objectifs spécifiques des autorités sectorielles permettent de caractériser la notion d'autorité indépendante de marché pour cet auteur.

D'autres auteurs utilisent la notion d'autorité de marché et soulignent que « Les notions d'autorités administratives indépendantes, d'autorités de régulation et d'autorités de marché ne sont pas synonymes »²⁴⁶. Alors que la notion d'autorité administrative indépendante met en relief une caractéristique organique, la notion d'autorité de régulation met, elle, l'accent sur un élément fonctionnel et, celle d'autorité de marché le contexte dans lequel ces instances se sont développées, c'est-à-dire l'économie de marché²⁴⁷. Le développement de ces autorités manifesterait un changement d'objectif : « Il ne s'agit plus de régenter tout un domaine de la vie sociale, mais d'arbitrer, de trouver un juste équilibre entre des objectifs contradictoires, c'est-à-dire de réguler, d'assurer la protection d'une liberté publique essentielle par la mise en place d'une institution ad hoc, dotée de pouvoirs propres »²⁴⁸.

La notion doctrinale d'autorité indépendante de marché coexiste avec celle d'autorité de régulation.

²⁴¹ V. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, préc., titre 2, p. 314 suiv..

²⁴² V. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, préc., p. 348.

²⁴³ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2009, p. 53 suiv., n° 125 suiv..

²⁴⁴ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., n° 126.

²⁴⁵ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., n° 126.

²⁴⁶ V. Lamy *Droit public des affaires*, Édition 2009, n° 598.

²⁴⁷ V. Lamy *Droit public des affaires*, préc. n° 598.

²⁴⁸ V. Lamy *Droit public des affaires*, préc. n° 597.

54. Didier Linotte et Raphaël Romi utilisent aussi la notion d'autorité de régulation, mais en la définissant à partir d'autres catégories : d'abord la catégorie des autorités administratives indépendantes qui serait la « première époque » de ces instances puis celle des autorités publiques indépendantes, dotées de la personnalité morale, qui constitueraient une « nouvelle génération »²⁴⁹. Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux font une présentation similaire. La notion d'autorité de régulation était « fondée initialement sur l'utilisation du modèle institutionnel de l'autorité administrative indépendante (AAI), elle s'appuie désormais aussi sur les « autorités publiques indépendantes » (API) dont les caractéristiques ne recourent que partiellement celles de la catégorie précédente »²⁵⁰.

En définitive, l'expression autorité de régulation, tel qu'elle est utilisée en doctrine, sert à désigner les autorités indépendantes dans le secteur économique. L'expression est utilisée comme une sorte de label pour désigner ces autorités.

55. C'est aussi le contenu de la notion au Royaume-Uni où la doctrine utilise volontiers les termes régulateurs²⁵¹, régulateurs économiques²⁵². La doctrine privilégie souvent une approche fonctionnelle dans la définition de ces autorités. L'utilisation de ces expressions par la doctrine outre-Manche ne manifeste pas la volonté de faire référence à une notion précise et peut désigner des autorités fort différentes tant dans leurs caractéristiques statutaires que fonctionnelles.

L'absence de consensus sur ce terme en doctrine s'accompagne d'une utilisation désordonnée en droit positif.

§ 2 — En droit positif, il n'existe pas de notion juridique d'autorité de régulation : celles-ci appartiennent toujours à une autre catégorie juridique

Il faut constater, avec Gérard Marcou qu'« il n'existe nulle part une notion juridique d'autorité de régulation » (I) ; « les autorités ainsi désignées appartiennent toujours à une autre catégorie juridique »²⁵³ (II).

I — *Absence de notion juridique d'autorité de régulation dans les droits internes*

56. La notion d'autorité de régulation est largement d'origine doctrinale et se retrouve peu en droit positif. En France en effet, si la doctrine recourt facilement à la notion d'autorité de régulation pour désigner d'ailleurs des autorités fort différentes, le droit positif n'utilise cette expression que pour quatre institutions²⁵⁴. En droit anglais, le législateur y recourt

²⁴⁹ V. D. Linotte, R. Romi, *Droit public économique*, Paris, LexisNexis, Litec, Manuel, 6^e éd., 2006, pp. 133 à 141.

²⁵⁰ V. J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J., Manuel, 4^e éd., 2008, p. 606, n° 953.

²⁵¹ V. par exemple T. Prosser, *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon, 1997.

²⁵² V. par exemple House of Lords, Select Committee on Regulators, 1st Report of Session 2006–07, UK Economic Regulators, Vol. I, 13 novembre 2007, HL Paper 189-I.

²⁵³ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A. 2006 p. 347 suiv..

²⁵⁴ Le législateur français n'a eu recours à l'expression autorité de régulation que pour l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T. créée par la loi du 26 juillet 1996 n° 96-659) devenu l'Autorité de régulation

parcimonieusement pour désigner des autorités bien en dehors de notre champ d'investigation²⁵⁵ et les autorités chargées du contrôle des industries en réseau dans ces pays sont baptisées sous une forme standard : ce sont des *offices* auxquels on ajoute le nom du secteur sur le modèle *Office of communications*, *Office of rail regulation*, *Office of the Gas and Electricity Markets*, *Office of Water Services*, etc. ; seul *Postcomm*²⁵⁶ possède un nom différent — mais cette autorité n'existe plus depuis 2011, ses fonctions ayant été transférées à Ofcom²⁵⁷. En droit français comme en droit anglais, les Parlements utilisent souvent cette expression au pluriel pour désigner une catégorie d'institutions. Cette expression sert en quelque sorte de catégorie très générale, suffisamment imprécise pour pouvoir y faire entrer des institutions assez différentes ; c'est un raccourci de langage utilisé par le législateur aussi bien en France qu'en Angleterre²⁵⁸. La diversité des utilisations de ce terme interdit donc toute systématisation. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle arrive Gérard Marcou : « il n'existe nulle part une notion juridique d'autorité de régulation »²⁵⁹.

À défaut de trouver une solution en s'appuyant sur les termes, est-il possible de dégager une notion en partant des catégories institutionnelles de chaque pays ? En effet Gérard Marcou

des communications électroniques et des postes (A.R.C.E.P. créée par la loi de régulation des activités postales du 20 mai 2005, n° 2005-516) et la Commission de régulation de l'électricité (C.R.E. créée par la loi du 10 février 2000) devenue Commission de régulation de l'énergie (par la loi du 3 janvier 2003), l'Autorité de régulation des mesures techniques (loi DADSVI du 1^{er} août 2006) maintenant defunte car fusionnée dans la HADOPI, et, enfin l'Autorité de régulation des jeux en ligne (loi n° 2010-476 du 12 mai 2010). Le législateur aura recours à cette même expression pour le secteur ferroviaire en créant une instance de régulation pour ce secteur, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. Le législateur français a eu recours à cette expression pour d'autres institutions. Il y a eu recours pour désigner une catégorie d'institutions chargées de la régulation du secteur financier (voir le chapitre 2 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière intitulée « Autorités de régulation des entreprises d'assurance, des établissements de crédit et des entreprises d'investissement »). De même, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques utilise cette expression comme une catégorie afin de regrouper différentes institutions (voir le titre 2 par exemple « Pouvoirs des autorités de régulation »). La seule autre autorité que le législateur a baptisée autorité de régulation est l'Autorité de régulation des mesures techniques qui est une autorité administrative indépendante. Sa fonction est très différente de celle de l'A.R.C.E.P. puisqu'elle est chargée d'assurer « une mission générale de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des oeuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins » (article L331-17 du Code la propriété intellectuelle). Elle a maintenant disparue, le législateur l'ayant intégré à la HADOPI.

²⁵⁵ Le Pensions Act de 1995 crée ainsi l'O.P.R.A. (*Occupational Pensions Regulatory Authority*). On remarque aussi d'ailleurs que le législateur anglais recourt à cette expression pour désigner une catégorie d'autorités (v. Care Standards Act 2000 c. 14 ici dans les notes explicatives).

²⁵⁶ V. Postal Services Commission créé par le Postal Services Act 2000 (c. 26). Cette autorité est dissoute et ses fonctions sont transférées à Ofcom, faisant ainsi de cette autorité l'équivalente en France du C.S.A. et de l'A.R.C.E.P. réunis.

²⁵⁷ V. Postal Services Act 2011 (chap. 5).

²⁵⁸ V. en France la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (J.O.R.F. 16 mai 2001, p. 7776); le Parlement anglais recourt plus facilement à cette expression (Voir Communications Act 2003 (c. 21), article 50(3) où l'expression sert à désigner les autorités homologues d'OFCOM dans les autres pays, mais l'expression n'est pas utilisée que dans le domaine des services publics en réseau puisqu'on la retrouve dans d'autres textes comme le Health and Social Care Act 2008 c. 14, *Part 1 The care quality commission, Chapter 6 Miscellaneous and general, Interaction with other authorities* ou Financial Services and Markets Act 2000 c. 8, article 195, *Exercise of power in support of overseas regulator*).

²⁵⁹ V. G. Marcou, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A., 2006, p. 347 suiv ; G. Marcou, Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé, p. 40 suiv. in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, comparaisons et commentaires, sous la dir. G. Marcou et F. Moderne.

constate bien que les autorités de régulation étudiées appartiennent à des catégories juridiques préexistantes²⁶⁰.

II — Construire la notion à partir des institutions existantes dans chaque pays ?

Aurions-nous plus de succès en partant des catégories institutionnelles utilisées dans chaque pays ? Les autorités de régulation appartiennent toutes en effet à une catégorie d'institutions préexistantes : en France, ce sont les autorités administratives indépendantes (A) et au Royaume-Uni les *non-ministerial departments* (B). Une systématisation est-elle possible en partant de ces catégories ? Nous verrons que l'incertitude qui entoure ces catégories aussi bien en France qu'au Royaume-Uni impose d'écarter cette méthode.

A — Les autorités administratives indépendantes en droit français

57. Le droit français dispose ainsi de la catégorie des autorités administratives indépendantes²⁶¹. Cette catégorie d'institutions, consacrée en droit positif en 1978 à l'occasion de la création par le législateur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés²⁶² connaît un succès croissant. Le rapport Gélard en a recensé près de quarante²⁶³, chiffre confirmé ensuite dans le rapport Vaneste²⁶⁴. Le rapport du Conseil d'État de 2002 en recensait trente-quatre²⁶⁵. La méthode utilisée par le Conseil d'État et Marie-Anne Frison-Roche pour identifier cette catégorie consiste à analyser les institutions ayant expressément reçu la qualification d'autorité administrative indépendante par la loi ou la jurisprudence, afin de dégager les critères de la notion issue du droit positif, pour enfin inclure dans cette

²⁶⁰ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », préc..

²⁶¹ Pour une liste de ces autorités voir O. Gohin, *Institutions administratives*, L.G.D.J., 2006, 4^e éd., pp. 229 à 232 ; M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J. 2003, *Bibl. droit public* n° 233, Introduction, §I Objet de l'étude, Démarche et construction d'une définition, pp. 6 à 25 ; V. aussi la réponse ministérielle du 4 octobre 2005 à la question écrite de Monsieur le Député Léonce Deprez (Rép. min. à QE n° 65590, JOAN Q. 4 oct. 2005, p. 9173).

²⁶² V. article 8 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (dite Foyer, J.O.R.F., 7 janvier 1978, p. 227). On peut trouver des traces plus lointaines de cette notion, en 1968, dans les conclusions du commissaire du gouvernement J. Rigaud rendues à propos de l'affaire « Ministre des Armées contre Ruffin » (Conseil d'État, 6 déc. 1968, n° 74.284, ministre des Armées c. Ruffin, Recueil Lebon p. 626) cité dans Lamy Droit public des affaires, 2009, n° 603. M.-A. Frison-Roche affirme que la CNIL ne serait pas la première A.A.I. et que la Commission des opérations de bourse instituée en 1967 en serait dès lors la première manifestation, mais rien n'indique dans l'ordonnance qui la crée que cette commission est bien indépendante (V. M.-A. Frison-Roche, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 29 novembre 2010, 1166 et Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse (J.O.R.F., 29 septembre 1967, p. 9589)).

²⁶³ V. P. Gélard, *Rapport sur Les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2 tomes, n° 3166 AN, n° 404, Sirey, 2006 tome 1, p. 33. L'étude de droit interne fut réalisée par M.-A. Frison-Roche.

²⁶⁴ V. Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, par MM. R. Dosièrre et C. Vanneste, tome 1, pp. 27 suiv..

²⁶⁵ V. Conseil d'État, *Rapport public*, pp. 300 à 305. Le Conseil d'État recense treize autorités administratives indépendantes par détermination législative ou jurisprudentielle, dix-sept qui peuvent être rattachées à cette catégorie en fonction des critères retenus et quatre organismes que le Conseil rattache à cette catégorie avec toutefois des hésitations. V. aussi la liste dans Lamy Droit public des affaires, 2009, n° 600.

catégorie les organismes qui obéissent aux mêmes caractéristiques sans avoir pour autant reçu cette qualification par le législateur ou le juge.

58. Quels critères permettent de définir la catégorie des autorités administratives indépendantes d'après ces études ? Deux critères ne posent pas problème : il s'agit de l'indépendance qui soustrait ces autorités à la hiérarchie administrative²⁶⁶ et du caractère administratif de ces autorités²⁶⁷. Le problème essentiel s'attache à leurs pouvoirs, car le législateur a qualifié d'autorité administrative indépendante des instances aux pouvoirs très différents, allant du rôle purement consultatif au pouvoir de prendre des actes réglementaires et des sanctions. Faut-il s'attacher à la lettre de la loi et faire une seule catégorie de cet ensemble ou faut-il regrouper sous le terme d'autorité administrative indépendante uniquement les autorités dotées du pouvoir de prendre des actes décisifs. René Chapus²⁶⁸ et Yves Gaudemet²⁶⁹ distinguent clairement l'autorité administrative indépendante des organismes purement consultatifs²⁷⁰. D'autres auteurs, adoptant une approche de science administrative, élargissent la catégorie aux autorités dotées d'un pouvoir d'influence quand les avis sont suivis dans les faits²⁷¹. Cette dernière approche permet d'être fidèle à la lettre de la loi²⁷². Il y aurait ainsi une sorte d'échelle des autorités administratives indépendantes²⁷³. Il faut donc conclure avec Marie-José Guédon que « le pouvoir de décision reste le critère déterminant qui conduit à une dichotomie dans la présentation des diverses instances. Un premier groupe comporte celles qui sont des autorités au sens juridique strict parce qu'elles décident ; un second groupe rassemble les instances qui ont un caractère consultatif, mais dont l'indépendance et l'influence leur confèrent une « autorité morale » »²⁷⁴. Cette appréciation permet de mettre en évidence deux types d'approches dans la définition de cette

²⁶⁶ V. R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., tome 1, p. 225. Le rapport de l'Office Parlementaire d'évaluation de la Législation sur les A.A.I. utilise les mêmes critères (préc., tome 1, pp. 31 et 32).

²⁶⁷ V. l'étude de J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification », coll. Du 26 mars 2010 de la Cour de cassation, « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? », *Rev. Française de droit administratif*, sept.-oct. 2010, spéc. p. 896.

²⁶⁸ *Ibid.*, n° 293.

²⁶⁹ V. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, *Droit administratif général*, 16^e éd., p. 78, n° 141. V. aussi J.-P. Feldman, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz*, 9 décembre 2010, n° 43, spéc. p. 2853.

²⁷⁰ Conseil d'État, *Rapport public* préc., p. 289. Ce critère est néanmoins problématique. Il est partagé par R. Chapus qui considère que « la catégorie des autorités administratives indépendantes ne peut avoir de spécificité (et le terme d'"autorité" ne peut être justifié) que si elle ne comprend que des organismes détenant, pour l'accomplissement même de leur mission, un pouvoir de décision ». Pour cet auteur la qualification d'autorité conférée par le législateur au Comité national d'évaluation des universités revient donc à une « décoration » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 2001, *Domat droit public*, p. 228, n°296-3°). À l'inverse cet argument sert à M. Collet à repousser ce critère (Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, préc., p. 8). Pour M. Collet l'approche de R. Chapus relève d'une approche doctrinale qui révèle un souci de « cohérence "externe" » alors qu'il souhaite, lui, « reconstruire la notion législative selon une démarche "scientifique" ; et rien ne permet d'affirmer que le législateur entend désigner par l'expression "autorité administrative indépendante" une notion recoupant celle "d'autorité administrative" » (thèse préc., p. 9).

²⁷¹ V. C. Guettier, *Institutions administratives*, Dalloz, 2^e éd., 2002, p. 93-94, n° 162, Conseil d'État, *Rapport public* préc., p. 290.

²⁷² C'est ce qui pousse M. Collet à retenir comme critère le pouvoir d'édicter des normes molles (thèse préc., p. 20).

²⁷³ V. ainsi P. Serrand, *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 2^e éd., 2007, pp. 296 suiv., n° 308 et 309.

²⁷⁴ V. M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., 1991, pp. 49 et 50.

catégorie qui correspondent à deux choix épistémologiques : une approche de science administrative²⁷⁵ qui adopte volontairement une définition large de l'institution afin de pouvoir mieux en comprendre le phénomène et une approche exclusivement juridique qui cherche à assurer une cohérence interne à cette catégorie.

59. Au total, cette catégorie est bien caractérisée par son indétermination. La doctrine est en effet unanime pour mettre en avant l'incertitude qui l'entoure. Le rapport Gélard souligne qu'elle n'est pas « précisément définie »²⁷⁶, Olivier Gohin qu'elle présente « d'une difficulté conceptuelle certaine »²⁷⁷, le Conseil d'État ne la trouve pas « dépourvue d'ambiguïté »²⁷⁸ et P. Sabourin, dans une étude ancienne affirme qu'il est impossible « de cerner une notion unique d'autorité administrative indépendante s'appliquant à tous les cas de figure »²⁷⁹. La notion s'est en outre complexifiée avec l'apparition des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale. Ces instances ne peuvent rentrer dans la même catégorie que les autorités administratives indépendantes classiques²⁸⁰.

Incertaine en France, cette catégorie l'est aussi au Royaume-Uni.

B — L'équivalent des autorités administratives indépendantes en droit anglais

60. Les autorités administratives indépendantes au Royaume-Uni²⁸¹ appartiennent à la catégorie plus large des *public bodies* c'est-à-dire des personnes publiques. Ces organismes

²⁷⁵ Pour O. Gohin, la définition de l'A.A.I. répond à trois critères : l'existence d'une autorité qu'il définit à partir d'une analyse de science administrative comme un pouvoir d'influence, l'appartenance à l'administration d'État et l'absence de contrôle hiérarchique (Institutions administratives, L.G.D.J., Manuel, 2002, 4^e éd., pp. 234 à 247). C. Teitgen-Colly privilégie aussi l'analyse de science administrative (C. Teitgen-Colly dans Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, part. p. 24). V. aussi les définitions de J.-Y. Chérot qui insiste sur la nécessité de ne pas systématiser cette catégorie car le législateur est très pragmatique dans son recours à ces institutions (Droit public économique, Economica, 2^e éd., pp.319 à 325). P. Delvolvé adopte, quant à lui une définition large de cette catégorie et s'en tient à la qualification législative (Droit public de l'économie, Dalloz, Précis, 1998, p. 264, n° 214). V. aussi le rapport Gazier et Cannac qui insiste sur la nécessité d'adopter plutôt une approche de science administrative (EDCE 1984, p. 3) et J.-L. Autin, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », in colloque à la Cour de cassation, « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? », Revue française de droit administratif, sept.-oct. 2010, pp. 875 suiv. ; J.-P. Colson et P. Idoux utilisent quant à eux deux critères (organique et matériel), sans prendre parti sur l'une ou l'autre approche.

²⁷⁶ V. Rapport Gélard, préc., introduction.

²⁷⁷ V. O. Gohin, Institutions administratives, préc., p. 233.

²⁷⁸ V. Conseil d'État, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, E.D.C.E. 2001, p. 287.

²⁷⁹ V. P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle », A.J.D.A., mai 1983, p. 275.

²⁸⁰ C'est ainsi l'avis d'Yves Gaudemet pour lequel les A.A.I. ne peuvent comprendre les autorités, comme le Conseil des marchés financiers, dotées de la personnalité morale (Traité de droit administratif, tome 1, n° 143). P. Delvolvé partage ce point de vue (Droit public de l'économie, préc., p. 264, n° 214).

²⁸¹ La bibliographie sur ce sujet est imposante. En langue française on pourra consulter J. Bell, « L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes », EDCE 2001, n° 52, pp. 401 à 410 ; le rapport de G. Scoffoni sur le Royaume-Uni annexé au rapport Gélard sur les A.A.I.. En langue anglaise, il faudra d'abord consulter les publications officielles qui sont les plus à jour et disponibles sur le site internet de la fonction publique britannique (<http://www.civilservice.gov.uk/about/public/bodies.asp> adresse valide au 11/02/2009), puis le manuel de droit administratif de P. Craig (Administrative Law, London, Sweet & Maxwell, 6^e éd., 2008, pp. 93 à 124), C. Harlow, R. Rawlings (Law and Administration, Cambridge University Press, 2^e éd., 2006, p. 319) ; les livres sont aussi nombreux B. L. R. Smith, D. C. Hague (eds.), The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control (1975); A. Barker (ed.), Quangos in

publics, séparés du département ministériel, regroupent de nombreuses institutions depuis le *tribunal*, l'*ombudsman* jusqu'à l'organisme consultatif. Leur caractéristique commune est cette séparation : ils opèrent « à distance » du ministre, ce qui leur permet d'être plus flexibles et réactifs. Cette séparation requiert un pouvoir propre de décision, la possibilité de contracter, de posséder des biens et d'en disposer, d'employer du personnel et de disposer d'un budget²⁸².

61. Le terme *public body* regroupe des instances très différentes. Il est donc nécessaire de pousser plus loin l'analyse pour cerner la catégorie à laquelle les instances de régulation appartiennent. On trouve d'abord, parmi cette grande catégorie, les *non-departmental public bodies*. Ce terme fut créé par Sir Leo Pliatsky pour son rapport sur les organismes éponymes²⁸³. Ils sont aussi appelés *Quangos* (*quasi-autonomous non governmental organisations*)²⁸⁴, même si cette notion a souvent une acception plus large puisqu'elle peut aussi désigner des organismes locaux²⁸⁵. La définition du *non-departmental public body*, donnée par Leo Pliatsky, met en exergue la distance, l'indépendance²⁸⁶. De l'aveu de certains auteurs, la définition des *non-departmental public bodies* n'est pas opérationnelle²⁸⁷. On trouve ensuite une autre catégorie, à laquelle appartiennent la majorité des autorités que nous

Britain (1982) ; enfin, les articles à consulter sont ceux de I. Harden, « A Constitutions for quangos? », *Public Law*, 1987, pp. 27 à 35 ; N. Chester, « Fringe Bodies, Quangos and All That », *Public Administration*, Vol. 57, Issue 1, pp. 51 – 54 ; S. Weir, « Quangos: Questions of Democratic Accountability », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 306-322 ; B. W. Hogwood « The 'Growth' of Quangos: Evidence and Explanations », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 207-225, ici p. 208 ; T. Stott, « 'Snouts in the Trough': the Politics of Quangos », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n°2, pp. 323-340 ; D. Wilson, « Quangos in the Skeletal State », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 181-191 ; P. Hirst, « Quangos and Democratic Government », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n°2, pp. 341-359 ; D. Hunt, « Worthwhile Bodies », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 192-206 ; B.W. Hogwood, « Developments in Regulatory Agencies in Britain », *International Review of Administrative Sciences*, 1990, vol. 56, pp. 595-612. Pour des analyses en droit comparé voir C. Greve, M. Flinders, S. van Thiel, « Quangos — What's in a name? Defining Quangos from a Comparative Perspective », *Governance*, 12(2), 129-146 ; Y. Marique, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs') », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n°3 (December 2007).

²⁸² V. Public Bodies: A Guide for Departments, Chapter 2: Policy and characteristics of a Public Body, Cabinet Office, dernière mise à jour juin 2006, p. 1.

²⁸³ V. L. Pliatsky, Report on Non-Departmental Public Bodies, janvier 1980, Cmnd. 7797. Pour une étude récente V. Les autres visages de la gouvernance publique — Agences, autorités administratives et établissements publics, OCDE, 2002, pp. 229 à 266.

²⁸⁴ V. John Bell, « L'expérience britannique en matière d'autorité administrative indépendante », EDCE n° 52, notamment p. 401 et 402 et G. Marcou, Régulation et service public préc., p. 41 et 42.

²⁸⁵ V. Public Bodies: A Guide for Departments, Chapter 2: Policy and characteristics of a Public Body, préc., p. 2. Ainsi S. Weir utilise ce terme pour designer : « all executive bodies which have been created, or pressed into service, to perform public functions or deliver public services, and which receive public funds to do so » (« Quangos: Questions of Democratic Accountability », art. préc., p. 306). Le terme *quango* a acquis une grande notoriété, mais n'est en rien une notion juridique. Il regroupe les organismes à cheval entre le public et le privé (Voir A. Barker (Ed.), *Quangos in Britain: government and the networks of public policy-making*, London, Macmillan, 1982, spéc. p. 233 ; M. Dynes, D. Walker, *The Times guide to the new British State: the government machine in the 1990s*, London, Times Books, 1995, spéc. p. 130 ; S. Weir, W. Hall, *Ego-Trip: Extra-Governmental Organisations in the United Kingdom and Their Accountability*, London, Charter 88, spec. p. 6). Certains auteurs trouvent cette catégorie inutile et démontrent bien que toute tentative de définition appuyée sur des critères est vaine (B. W. Hogwood « The 'Growth' of Quangos: Evidence and Explanations », art. préc. pp. 208 à 210).

²⁸⁶ La définition qu'il donne est : « A body which has a role in the processes of national government, but is not a government department, or part of one, and which accordingly operates to a greater or lesser extent at arm's length from ministers » (Rapport Public Bodies préc., p.2).

²⁸⁷ V. B. W. Hogwood « The 'Growth' of Quangos: Evidence and Explanations », art. préc. p. 208.

études, il s'agit des *non-ministerial government departments*²⁸⁸. Le terme indique que ces organismes regroupent des entités qui sont des départements gouvernementaux, mais sans être dirigés par un ministre. Afin de mieux comprendre l'originalité de ces instances, il faut d'abord définir la notion de département gouvernemental (*government department*) en droit anglais. Les départements gouvernementaux font partie de l'Administration centrale et sont toujours dirigés par un ministre responsable devant le Parlement. Leur personnel est composé de fonctionnaires payés par le Trésor public à la différence des *non-departmental public bodies* (c'est d'ailleurs une des raisons de leur création)²⁸⁹. Comme ces départements ne sont pas dirigés par un ministre, ils échappent au principe de responsabilité ministérielle (*ministerial responsibility*²⁹⁰). Ces départements sont des départements à part entière, créés par la loi pour fournir un service particulier et dont le budget n'est pas abondé par un ministère de tutelle. À côté des *non-ministerial government departments*, certaines autorités entrant dans notre champ de recherche sont des *public corporations*²⁹¹, c'est-à-dire des entités publiques puisque l'État les possède et les contrôle, dotées de la personnalité morale. Elles doivent obtenir plus de 50 % de leur revenu de la vente de biens et services. Ce sont l'équivalent français des établissements publics²⁹².

L'identification des catégories institutionnelles auxquelles appartiennent les autorités que nous souhaitons étudier se heurte donc à un problème d'incertitude. Ces entités sont très disparates et ne permettent pas une systématisation en droit anglais, et encore moins en droit comparé. Il semble difficile de baser une recherche de droit comparé sur un « objet juridique non identifié »²⁹³ caractérisé par le « désordre »²⁹⁴.

Mais plus profondément, c'est la démarche elle-même qui pose problème puisque partir des catégories en droit interne ne permet pas de dégager une notion juridique, c'est-à-dire une catégorie à laquelle le droit « attache des conséquences juridiques »²⁹⁵. Le comparatiste pourra néanmoins tenter d'élaborer une catégorie conceptuelle pour reprendre la terminologie

²⁸⁸ Il s'agit de Postcomm (pour le secteur postal), Ofgem (pour le secteur de l'énergie), Ofwat (pour l'eau) et enfin ORR (chargé du secteur ferroviaire). Postcomm ne peut plus faire partie de cette liste car elle a été dissoute par le Postal Services Act de 2011 et ses fonctions ont été transférées à Ofcom.

²⁸⁹ V. A.W. Bradley, K.D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 14e ed., Harlow, Longman, 2007, p. 279.

²⁹⁰ Ce principe est une convention constitutionnelle selon laquelle les ministres du gouvernement sont responsables, devant le Parlement, pour l'action de son département : V. A.W. Bradley, K.D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, préc., chapitre 7, pp. 107 à 122.

²⁹¹ Il s'agit de Ofcom et de la Civil Aviation Authority.

²⁹² V. la thèse d'A. Martin-Pannetier, *Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais*, préc., p. 23 suiv..

²⁹³ V. titre du rapport du Conseil d'État, EDCE n° 52.

²⁹⁴ N. Decoopman, *Peut-on clarifier le désordre ? Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, PUF, 2002.

²⁹⁵ V. M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique. Faut-il tuer les catégories juridiques », dans Mél. Dabin, Sirey, 1963, p. 365. V. aussi sur les catégories juridiques É. Picard, *La notion de police administrative*, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public n° 146, Univ. de Rouen, 1984, pp. 42 à 46 ; G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », JCP, 1948, 682, n° 11 et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP 1950, I, 581, n° 4 ; J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur*, Thèse, Paris, Sirey, 1934, p. 291-292, n° 178 ; T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public n° 152, 1987 ; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Bibl. de droit public n° 108, 1972, spéc. pp. 37 et 38 ; R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », E.D.C.É., 1960, p. 93 suiv..

d'Étienne Picard²⁹⁶. En réalité, les deux options sont ouvertes. La notion d'autorité de régulation étant aussi une catégorie du droit de l'Union européenne, le juriste peut choisir de construire la notion d'autorité de régulation soit à partir des droits internes et d'élaborer une catégorie conceptuelle soit à partir du droit de l'Union européenne afin de s'intéresser alors à la catégorie technique d'autorité de régulation, celle à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques certaines. C'est cette seconde option que nous privilégierons, elle permet d'être au plus près de la réalité juridique et de surmonter toutes les incertitudes des droits internes.

Conclusion de la Section I

Jusqu'ici, les options étudiées pour tenter d'élaborer la notion juridique d'autorité de régulation se sont avérées insuffisantes. L'étude de la doctrine ne permet ni de mettre en évidence une méthode appropriée pour entreprendre cette démarche, ni d'utiliser une notion juridique qui aurait déjà été construite. L'étude du droit positif n'a pas davantage permis de cerner une catégorie aux contours stables et utilisables pour entreprendre une recherche juridique. Il faudra donc tenter ici de construire cette notion en tentant une nouvelle voie, en partant du droit de l'Union européenne. Nous verrons qu'il est possible, à partir du droit de l'Union européenne, de construire une notion juridique satisfaisante.

Section 2 — *Élaboration de la notion d'autorité de régulation en droit comparé*

La construction juridique de la notion d'autorité de régulation doit partir de l'étude du droit de l'Union européenne, car c'est ce droit qui, aujourd'hui et de manière croissante, encadre la forme, les missions et les pouvoirs de ses autorités. Il serait néanmoins possible d'adopter une démarche consistant à s'en tenir aux caractères des autorités de régulation en droit interne. Il s'agirait alors, selon une démarche conceptuelle, d'analyser le droit positif pour regrouper sous cette catégorie des institutions présentant des caractères similaires. Pour reprendre l'explication de Jean Rivero : « La catégorie réelle se situe dans le plan de la science du droit, et dans le domaine ontologique. Elle apparaît lorsque le juriste, ayant analysé les phénomènes soumis à son examen discerne entre eux des affinités et des rapports nécessaires ; elle se borne à constater ces rapports, et à grouper les faits juridiques qui y participent. [...] ; du moins une telle catégorisation répond-elle à des éléments objectifs, qui en font un des procédés les plus sûrs par lesquels l'intelligence puisse pénétrer les phénomènes qui s'offrent à elle ». Cette méthode serait applicable au cas des autorités de régulation. La comparaison des droits se situe à cet égard dans le prolongement intellectuel de cette méthode, que l'on peut définir avec Léontin-Jean Constantinesco comme l'« opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés »²⁹⁷. Mais cette méthode aurait l'inconvénient de passer sous silence la

²⁹⁶ V. É. Picard, *La notion de police administrative*, thèse préc., p. 43.

²⁹⁷ V. L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. La méthode comparative*, t.2, Paris, L.G.D.J., 1974, spéc. p. 22. V. sur la méthode du droit comparé : É. Picard, « L'état du droit comparé en France », *R.I.D.C.*, octobre-décembre 1999, n° 4, p.885-915 ; O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, avril-juin 2001, n° 2, p.275-288 ; P. Legrand, « Comparer », *R.I.D.C.*, avril-juin 1996, n° 2, p.279-318 ; P. Legrand (sous dir.), *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009 ; M.-C. Ponthoreau, « Le droit

communautarisation croissante de ce domaine et l'impact décisif que le droit de l'Union européenne a de plus en plus tant sur les caractères des institutions étudiées que sur le régime de leurs décisions. De surcroît, cette méthode offre l'avantage d'être au plus proche du droit positif, ce qui présente des avantages certains pour la délimitation du champ de la recherche. Toutefois, ces deux méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre. C'est pourquoi nous les combinerons successivement.

La transposition en droit interne des directives européennes s'est traduite par la création d'autorités de régulation ayant des caractéristiques communes, caractéristiques dictées par le droit de l'Union européenne. Aussi étudierons-nous d'abord la notion européenne puis la notion interne (§ 1) d'autorité de régulation avant d'analyser l'extension que cette notion peut prendre en regardant si les critères dégagés peuvent être appliqués à d'autres institutions (§ 2). Il faudra terminer cette analyse en précisant la portée territoriale de la compétence des autorités sectorielles anglaises. Même si le mouvement de dévolution n'a pas eu de conséquences dans les domaines étudiés, il sera nécessaire de l'établir au préalable afin de fixer clairement le cadre de l'étude (§3).

§ 1 — De la notion européenne à la notion interne d'autorité de régulation

La première étape de la constitution d'une catégorie homogène d'autorité de régulation passe par son identification en droit de l'Union européenne (I) puis en droit interne (II). Ce n'est qu'après avoir dégagé cette notion que nous pourrons utiliser ces critères pour ranger sous cet étendard l'ensemble des institutions présentant les mêmes caractéristiques.

I — La notion européenne d'autorité de régulation

62. Les directives utilisent les expressions « autorité de régulation »²⁹⁸ et « autorité réglementaire nationale »²⁹⁹, expressions qui traduisent la notion anglaise de « *national regulatory authority* »³⁰⁰. La première expression est utilisée dans le secteur de l'énergie tandis que la seconde est employée dans les secteurs des communications électroniques et des postes. Cette alternance s'explique par le sens ambivalent du terme anglais *regulation* qui

comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », R.I.D.C., janvier-mars 2005, n° 1, p.7-27 ; N. Sugiyama, « Essai d'une conception synthétique du droit comparé », in Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert. Introduction à l'étude du droit comparé, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 50-60 ; M. Van Hoecke (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, Oxford, 2004 ; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford, Hart, 2003 (spéc. chap. 5 pour le droit public comparé).

²⁹⁸ V. dans le secteur de l'électricité la directive n° 2003/54/CE qui emploie alternativement les expressions « autorité nationale de régulation » ou « autorité de régulation nationale » (la directive précédente n° 96/92/CE utilisait seulement l'expression « autorité compétente ») et dans le secteur du gaz la directive n° 2003/55/CE qui emploie le même vocabulaire (de même que la directive précédente n° 98/30/CE parlait elle aussi d'« autorité compétente »).

²⁹⁹ Il y a peu de réflexions sur cette notion : V. *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Publications des Fac. St Louis, p. 98, n° 67. Cette expression est utilisée dans les textes suivants : dans le secteur postal (directives n° 97/67/CE, 2002/39/CE et 2008/6/CE) et dans le secteur des communications électroniques (directives n° 92/44/CEE, 95/62/CE, 97/13/CE, 97/33/CE, 97/51/CE, 98/10/CE, 98/61/CE, 99/5/CE, 99/64/CE, 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE).

³⁰⁰ V. la version anglaise de tous ces textes communautaires qui n'utilise que cette expression.

peut désigner en français aussi bien la réglementation que la régulation. De même, le terme « *regulatory* » peut être traduit en français par les termes « réglementaire » ou « de régulation » contrairement à ce qui est avancé parfois en doctrine³⁰¹. Le verbe « *To regulate* » signifie aussi contrôler³⁰².

La construction de la notion d'autorité de régulation passe donc d'abord par l'identification de la notion européenne d'autorité réglementaire nationale. L'autorité réglementaire nationale est, aux termes des directives, l'organe chargé de l'exécution des directives. Cette institution est ainsi un exemple d'administration indirecte caractéristique du droit de l'Union européenne³⁰³.

L'étude des directives dans les secteurs des services publics en réseau fait apparaître trois critères permettant de cerner les contours de la notion d'autorité réglementaire nationale : un critère organique (A), un critère matériel (B) et un critère fonctionnel (C).

A — Le critère organique : l'indépendance exigée par les directives à l'égard des opérateurs sur le marché

63. Le critère est devenu plus difficile à analyser avec l'intervention des nouveaux textes sectoriels qui réforment en profondeur cette notion. Nous exposerons donc d'abord la conception traditionnelle de cette notion (1) pour étudier ensuite son profond renouvellement du fait des dernières directives (2).

1 — La conception traditionnelle de l'indépendance

64. Les directives imposent aux États membres de doter ces autorités d'une certaine indépendance. Cette indépendance s'apprécie, d'après les textes, envers les opérateurs économiques (les anciens monopoles historiques). Les directives imposent ainsi que les autorités réglementaires nationales soient « juridiquement distinctes et fonctionnellement

³⁰¹ V. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126 suiv., spéc. n° 15 : « On ne fait plus aujourd'hui le contresens de confondre la régulation avec le terme anglais de *regulation*, lequel renvoie à la réglementation. En cela, le vocable anglophone est à la fois plus restrictif que le concept francophone, puisqu'il ne vise que la réglementation, et plus large puisqu'il concerne tous les types d'interventions des autorités publiques prenant la forme réglementaire ».

³⁰² V. Oxford Dictionaries. "Regulation" Oxford-Hachette French Dictionary, Oxford Language Dictionaries Online ; "regulate verb", The Oxford Dictionary of English (revised edition), Ed. Catherine Soanes et Angus Stevenson, Oxford University Press, 2005. V. aussi le Robert & Collins aux entrées « *Regulation* » et « *Régulation* ».

³⁰³ V. J. Ziller, « Introduction : Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen » in Droit administratif européen, sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 235 à 241. « L'administration indirecte est le fait des institutions et administrations des États membres. Elle utilise non seulement les instruments juridiques des États membres, mais également la directive, le règlement ou la décision ». V. aussi B. Dubey, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », Cahiers de droit européen, 2003, vol. 39, n° 1-2, pp. 87-134 ; I. Boucobza, « La "co-administration" dans la production des normes juridiques communautaires », Droit administratif, n° 12, décembre 2004, Étude 21. V. aussi J. Ziller, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », coll. Préc., Rev. Française de droit administratif, sept.-oct. 2010, pp. 901 suiv..

indépendantes » des opérateurs exerçant sur le marché³⁰⁴, la séparation structurelle entre réglementation et activité économique doit être effective.

Quel est le contenu de cette exigence d'indépendance que posent les directives ? Le critère de l'indépendance est en fait l'expression du principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation³⁰⁵ qu'impose le droit de l'Union européenne. Ce principe a été posé pour la première fois par la Commission dans le Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications³⁰⁶. Mais l'origine de ce principe est jurisprudentielle. L'affaire *British Telecom*³⁰⁷ va en effet être l'occasion pour la C.J.C.E. de poser clairement ce principe. Dans cette affaire la société *British Telecom* cumulait deux fonctions, celle d'opérateur en monopole sur un marché et celle d'instance chargée par la loi³⁰⁸ de réglementer les tarifs et les conditions des services de télécommunication. L'arrêt condamne ce cumul.

En droit dérivé, ce principe a été mis en œuvre d'abord dans la directive du 16 mai 1988³⁰⁹. L'article 6 de cette directive impose une séparation des fonctions normatives et opérationnelles. Toutefois, l'indépendance requise par cet article ne s'exerce qu'à l'égard des acteurs du marché³¹⁰. La Cour de Justice, à l'occasion d'un recours en annulation introduit par la France contre cette directive a eu l'occasion et d'en affirmer la légalité et de préciser les raisons qui imposent cette indépendance. Il s'agit bien d'assurer l'égalité des chances entre les

³⁰⁴ V. article 2.2 de la directive 95/62/CE du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale ; article 3.2 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ; article 1 (et considérant n° 39) de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service ; considérant n° 27 de la directive n° 2002/39/CE du 10 juin 2002 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté ; article 6.5 de la directive n° 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; article 21.2 de la directive n° 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (ici la directive n'impose l'indépendance que dans le cadre du règlement des litiges) ; article 4.2 de la directive n° 2001/14/CE du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

³⁰⁵ V. sur ce point les développements conséquents de H. Delzangles, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Thèse, Droit, Bordeaux 4, 2008, p. 127 suiv. ; H. Delzangles, « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue juridique de l'économie publique* n° 689, Août 2011, comm. 41.

³⁰⁶ V. Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications, COM(87) 290, juin 1987.

³⁰⁷ V. C.J.C.E., 20 mars 1985, République italienne c. Commission, aff. 41/83 concl. Darmon M., 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873 ; R. Schulte-Braucks, « L'arrêt "British Telecom" : première pierre d'un droit européen des télécommunications », *R.M.C.*, 1986, p. 594 ; M. Ross, « The B.T. Case: A Shot in the Arm for EEC Competition Policy in the Public Sector », *European Law Review* 1985 pp.457-462 ; R. Schulte-Braucks, *European Telecommunications Law in the Light of the British Telecom Judgment*, *Common Market Law Review* 1986 pp. 39-59.

³⁰⁸ Il s'agissait du *British Telecommunications Act* de 1981

³⁰⁹ Directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, 88/301/CEE, J.O.C.E. n° L 131, p. 73), directive dite « Terminaux ».

³¹⁰ L'article 6 dispose ainsi : « Les États membres assurent qu'à partir du 1er juillet 1989 la formalisation des spécifications mentionnées à l'article 5 et le contrôle de leur application ainsi que l'agrément sont effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications ».

différents opérateurs³¹¹. Comme le dit la Cour dans une autre affaire, l'égalité des chances est indispensable à « l'existence d'un système de concurrence non faussée »³¹². Le fondement de la séparation est bien le principe de libre concurrence qui implique l'égalité des chances.

La portée du principe de séparation, contenu dans la directive 88/301, a été précisée par la Cour concernant la France. La France s'est ainsi fait condamner pour le non-respect de cette séparation dans les arrêts Taillandier³¹³ et Decoster³¹⁴. Dans ces deux arrêts, la Cour affirme que la séparation de ces fonctions dans des directions différentes, tout en restant au sein de la même administration, ne saurait réaliser cette exigence d'indépendance³¹⁵.

La portée de ce principe a été encore précisée par la directive 97/51/CE³¹⁶. L'indépendance a pour but d'assurer l'impartialité des décisions. Cette indépendance s'analyse en une double exigence : indépendance par rapport aux acteurs et indépendance par rapport à la puissance publique si celle-ci reste propriétaire ou si celle-ci contrôle l'opérateur historique. On pourrait aussi rattacher l'exigence que posent certaines directives que les autorités réglementaires nationales disposent de moyens humains et matériels suffisants à ce principe d'indépendance, car sans ces moyens celles-ci sont à la merci des opérateurs historiques³¹⁷. Les directives sectorielles reprennent largement cette exigence³¹⁸.

65. Cette exigence d'indépendance a néanmoins une limite qui tient au principe d'autonomie institutionnelle des États membres³¹⁹. Les directives disposent ainsi que les exigences concernant les autorités réglementaires nationales ne portent pas préjudice à

³¹¹ C.J.C.E., 19 mars 1991, République française c. Commission, aff. C-202/88, concl. G. Tesaurò, 13 février 1990, Rec., p. I-1223 ; V. les commentaires de M. Bazex, « L'article 90§3 du Traité CEE ou le grand chambardement », Gaz. Pal., 1991, III, p. 271 ; M. de Guillenchmidt, J.-C. Bonichot, L.P.A., 1991, n° 62, p. 26 ; A. Fiquet, C.J.E.G., 1992, p. 43 ; M.-A. Hermitte, J.D.I., 1992, p. 463 ; P. Le Mire, A.J.D.A., 1991, p. 540 ; A. Mattera, « L'arrêt "Terminaux de télécommunications" du 19 mars 1991 : interprétation et mise en œuvre des articles 30, 36 et 90 du traité CEE », R.M.U.E., 1991, n° 3, p. 245 ; D. Nedjar, « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », R.F.D.A., 1992, p. 291.

³¹² C.J.C.E., 13 décembre 1991, RTT c. GB INNO BM SA, aff. C-18/88, concl. M. Darmon, 15 mars 1989, Rec., p. I-5941 ; L. Gyselen, Common Market Law Review 1992 pp.1229-1245 ; Europe, fév.1992, Comm. n° 45 pp.7-8 et n° 66 p.14-15 ; B. Deleporte, Gaz. du Palais 1992 I Jur. pp. 469-473 ; Ch. Bolze, Droit communautaire de l'entreprise, RTDcom 1993 pp. 436-439 ; S. M. Taylor, Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition Law Review 1994 pp. 322-334.

³¹³ C.J.C.E., 27 octobre 1993, Procédure pénale c. Annick Taillandier, épouse Nény, aff. C-92/91, concl. Tesaurò G., 3 juin 1992, Rec., p. I-5383 ; L. Hancher, C.M.L.R., 1994, p. 857 ; S.M. Taylor, « Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition », E.L.R., 1994, p. 322.

³¹⁴ C.J.C.E., 27 octobre 1993, Procédure pénale c. Francine Decoster, épouse Gillon, aff. C-69/91, concl. Tesaurò G., 3 juin 1992, Rec., p. I- 5335, spéc. p. I-5362 ; L. Hancher, C.M.L.R., 1994, p. 857 ; S.M. Taylor, « Article 90 and Telecommunications Monopolie », E.L.R., 1994, p. 322.

³¹⁵ Il s'agissait à chaque fois du cumul de fonctions de la direction générale des télécommunications du ministère des P.T.T.. V. aussi les arrêts suivants : C.J.C.E., 2e ch., 6 mars 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado, n° C-82/07.

³¹⁶ Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications

³¹⁷ V. par exemple cons. N° 11 de la directive n° 2002/21/CE (ce considérant explicite l'exigence d'indépendance et ajoute comme une sorte de corollaire la nécessité de doter les ARN de ressources suffisantes).

³¹⁸ V. dans le secteur postal, l'article 22 de la directive 97/67/CE modifiée par la directive 2008/6/CE, dans le secteur des communications électroniques, l'article 3 de la directive 2002/21/CE (dite « cadre »), article 23 1 de la directive 2003/54/CE (Électricité), article 25 1 de la directive 2003/55/CE (Gaz naturel), article 30 de la directive 2001/14/CE dans le secteur ferroviaire.

³¹⁹ V. R. Mehdi, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » dans Droit administratif européen, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruylant, 2007, pp. 685 à 726.

« l'autonomie institutionnelle et [aux] obligations constitutionnelles des États membres ou [au] principe de neutralité en ce qui concerne le régime de la propriété dans les États membres, conformément à l'article 295 du traité »³²⁰. Cette autonomie est un droit fondamental de l'État membre, car le droit de l'Union européenne respecte la souveraineté des États et leur liberté dans la détermination des modalités institutionnelles pour la mise en œuvre des directives³²¹.

Ainsi définie entre ces deux limites (principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation et respect de l'autonomie institutionnelle des États membres) l'exigence d'indépendance est défendue par la Commission qui n'hésite pas à engager une procédure en manquement contre les États qui ne respectent pas ce principe³²².

2 — *Le renouvellement de la notion*

66. Il est possible de percevoir des signes d'un changement d'orientation de la Commission sur l'indépendance des autorités de régulation, tant dans le domaine énergétique (électricité³²³ et gaz³²⁴) que dans celui des communications électroniques³²⁵ — seuls les domaines aéroportuaire et postal restant attachés à une conception « classique » de l'indépendance³²⁶.

³²⁰ V. considérant n° 11 de la directive n° 2002/21/CE.

³²¹ V. C.J.C.E., 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. jointes 51/71 à 54/71, rec. p. 1107 : « 1. Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État » (§1).

³²² V. « La Commission ouvre trois nouvelles procédures d'infraction relatives à l'indépendance et à l'efficacité des autorités réglementaires chargées des télécommunications en Lettonie, en Lituanie et en Suède », communiqué de presse n° IP/08/1343, Bruxelles, le 18 septembre 2008. Le 14 avril 2009, la Commission « a adressé un avis motivé à la Lettonie, deuxième étape de la procédure d'infraction, pour non-respect des règles communautaires garantissant l'indépendance des régulateurs nationaux des télécommunications » (IP/09/569). Dans une procédure engagée contre la Pologne, la Commission reprochait les pouvoirs du Premier ministre sur le chef de l'autorité de régulation : il pouvait en effet le démettre de ses fonctions. Ce pouvoir fut retiré de la législation et la procédure de sanction fut close (V. IP/09/1006). Le manque de ressources est aussi interprété par la Commission comme un frein à l'indépendance (V. procédure contre la Bulgarie, IP/07/1786). La Commission européenne, le 29 octobre 2009, a engagé une procédure en manquement contre la Roumanie qui ne respecte pas, dans le secteur des télécommunications, le principe de séparation des fonctions opérationnelles et de réglementation (IP/09/1624).

³²³ V. Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (J.O.U.E., 14 août 2009, pp. 55-93).

³²⁴ V. Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (J.O.U.E., 14 août 2009, pp. 94-136).

³²⁵ V. Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (J.O.U.E., 18 décembre 2009, pp. 37-69). V. sur ce changement S. Lavrijssen, A. Ottow, « The Legality of Independent Regulatory Authorities », in *The eclipse of the legality principle in the European Union*, L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, pp. 82 suiv..

³²⁶ V. Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires (J.O.U.E., 14 mars 2009, L 70/11), article 11§3 ; Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, considérant n° 47 et article 22 de la directive 97/67/CE modifiée.

Le départ de la réflexion sur la réforme de l'exigence d'indépendance des autorités de régulation semble dater, dans le domaine de l'énergie, du Conseil européen de Bruxelles des 8 et 9 mars 2007³²⁷. La Commission européenne a en effet constaté un manque d'uniformité dans les pouvoirs et l'indépendance des autorités de régulation et, dans certains cas, leur faiblesse³²⁸. La Commission signale en outre que l'indépendance « suscite la confiance des marchés »³²⁹ ; c'est pourquoi, affirme-t-elle, « il convient de renforcer l'indépendance des autorités de régulation nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions »³³⁰. Les rapports remis à la Commission montrent l'emprise des théories économiques sur la conception de l'indépendance. Le besoin de prévisibilité s'explique ainsi par la nécessité d'asseoir la crédibilité du régulateur, crédibilité qui diminue le « risque de la réglementation »³³¹. La nécessité de renforcer l'indépendance des autorités de régulation nationales, dans le domaine des télécommunications, a d'ailleurs fait l'objet d'un consensus au sein des institutions européennes³³². En dépit de ces motifs de fond, la Commission a aussi été très fortement influencée par les diverses procédures qu'elle a dû engager pour résoudre les problèmes d'indépendance de ces autorités : « Les conditions de nomination ou de révocation du chef de l'A.R.N. ont conduit la Commission à déférer la Pologne devant la Cour de Justice et à entamer une procédure d'infraction à l'encontre de la Roumanie. Les services de la Commission étudient également les conditions dans lesquelles le chef de l'autorité slovaque a été démis de ses fonctions »³³³. On remarque aussi une attention accrue de la Commission sur ce point dans le domaine de la protection des données personnelles. Celle-ci a en effet entamé un recours en manquement contre l'Allemagne pour le défaut d'indépendance des autorités

³²⁷ V. Conseil européen de Bruxelles des 8-9 mars 2007, conclusions de la présidence, 2/5/2007, (7224/1/07 REV1), p. 16.

³²⁸ V. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, COM(2007) 529 final, p. 8.

³²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³³⁰ V. considérant 6, Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, le 13.11.2007, COM(2007) 697 final, 2007/0247 (COD).

³³¹ V. « Cost-Benefit Analysis of Options for Better Functioning of the Internal Market in Electronic Communication », Final Report Prepared by The European Evaluation Consortium, p. 57. Sur la notion de « risque de la réglementation » ou « regulatory risk », V. H. Ergas, J. Hornby, I. Little, J. Small, Regulatory Risk, A paper prepared for the ACCC Regulation and Investment Conference ; V. aussi R. J. Gilbert, D. M. Newbery, « The dynamic efficiency of regulatory constitutions », RAND Journal of Economics, 1994, n° 25, pp. 538-54 ; I. Alexander, C. Mayer, H. Weeds, « Regulatory Structure and Risk and Infrastructure Firms: An International Comparison », World Bank Policy Research Working Paper n° 1698, November 30, 1999 ; Oxaera, « The Costs and Benefits of Market Regulators », Part Two, Practical Applications, Report prepared for the Dutch Ministry of Economic Affairs. October 2004.

³³² V. Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (C. Trautmann, PE 398.542v02-00, 23 avril 2008, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie), p. 66 : « Le rapporteur accueille favorablement les dispositions en matière d'indépendance proposées par la Commission et souligne que les négociations interinstitutionnelles ne doivent pas compromettre ces dispositions » ; V. aussi l'avis du Comité économique et social européen (CES0984/2008, 28/05/2008).

³³³ V. Communication de la Commission, Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2008 (14^e rapport), COM(2009) 140 final, p. 12 ;

vis-à-vis du gouvernement, recours couronné de succès puisque ce pays fut sanctionné³³⁴. Cette évolution n'empêche pas le législateur européen, dans les domaines aéroportuaire et postal, d'en rester à la conception traditionnelle de l'indépendance³³⁵.

67. Quelles seront les nouvelles exigences en la matière ? Les nouvelles directives renforcent aussi bien leur indépendance organique que leur autonomie fonctionnelle. Dans les deux cas il s'agit, et c'est là que se situe la nouveauté, d'assurer l'indépendance des autorités vis-à-vis du pouvoir politique. Pour ce qui est tout d'abord de l'indépendance organique, les nouvelles directives posent des conditions strictes quant aux motifs de révocation des cadres supérieurs des autorités³³⁶ (les chefs ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale) ; dans le domaine énergétique, elles encadrent même la durée du mandat³³⁷. Ensuite, pour ce qui est de l'autonomie fonctionnelle, les directives posent des conditions strictes tant d'un point de vue juridique que matériel. Du point de vue juridique, les directives, d'une part, prohibent tout pouvoir d'instruction de la part du gouvernement³³⁸, le rôle du gouvernement étant confiné à un rôle de surveillance³³⁹ ou d'orientation générale³⁴⁰ ; d'autre part, les directives imposent, dans le domaine énergétique, l'attribution de la personnalité morale à ces autorités³⁴¹. Du point de vue matériel, cette fois, les directives imposent que les autorités de régulation bénéficient des moyens matériels et humains nécessaires pour pouvoir mener à

³³⁴ V. C.J.U.E., 9 mars 2010, Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne, affaire C-518/07, J.O.U.E., 1^{er} mai 2010, C 113/3 : « La République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 95/46/CE (...) en soumettant à la tutelle de l'État les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel par les organismes non publics et les entreprises de droit public prenant part à la concurrence sur le marché (...) dans les différents Länder, transposant ainsi de façon erronée l'exigence selon laquelle ces autorités exercent leurs missions "en toute indépendance" ».

³³⁵ V. Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires (J.O.U.E., 14.3.2009, L 70/11), article 11§3.

³³⁶ Les motifs de révocation sont limités au fait de ne plus remplir les conditions, préalablement définies, pour exercer la fonction elle-même, v. article 3*bis*§1 de la Directive 2002/21/CE, tel que modifié par la Directive 2009/140/CE ; article 35, 5)b) de la directive 2009/72/CE (Électricité) et article 39, 5)b) de la directive 2009/73/CE (Gaz naturel).

³³⁷ V. article 35, 5)b) de la directive 2009/72/CE (Électricité) et article 39, 5)b) de la directive 2009/73/CE (Gaz naturel). Les membres doivent être « nommés pour une période déterminée comprise entre cinq et sept ans maximum, renouvelable une fois ». De surcroît, le droit national doit prévoir un système de rotation des membres du conseil de l'autorité de régulation.

³³⁸ V. Directive 2002/21/CE, article 3*bis* tel que modifié par la Directive 2009/140/CE (« les autorités réglementaires nationales (...) agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire ») ; la Directive 2009/72/CE (Électricité) est plus précise dans la détermination des entités desquelles les autorités de régulation ne peuvent recevoir d'instruction : V. article 35,4)b)ii) (« ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation ») ; V. Directive 2009/73/CE (Gaz naturel), article 39, 4)b)ii) (la disposition est la même que dans la directive électricité).

³³⁹ Il s'agit ici du domaine des communications électroniques : V. Directive 2002/21/CE, article 3*bis* tel que modifié par la Directive 2009/140/CE (« Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel »).

³⁴⁰ V. Directive 2009/72/CE (Électricité), article 35, 4)b)ii) et Directive 2009/73/CE (Gaz naturel), article 39, 4)b)ii).

³⁴¹ V. Directive 2009/72/CE (Électricité), article 35, 4)a) et Directive 2009/73/CE (Gaz naturel), article 39, 4)a) : Elles doivent être « juridiquement distinctes (...) de toute entité publique ou privée ». Dans le domaine des communications électroniques, la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE est moins exigeante, elle impose que les autorités de régulation disposent d'un « budget annuel distinct » (article 3*bis*§2).

bien leur mission³⁴². On le voit, les directives renforcent drastiquement l'emprise du droit de l'Union européenne sur le « *design* institutionnel » des autorités de régulation des réseaux.

68. Si les nouvelles directives renforcent l'indépendance des autorités de régulation nationales vis-à-vis des pouvoirs internes, elles accentuent encore la « tutelle » de la Commission sur ces autorités. La Commission disposait déjà du pouvoir d'ordonner, le cas échéant, le retrait d'une mesure³⁴³. Ce pouvoir a connu, avec l'entrée en vigueur des nouvelles directives, un regain d'intérêt. La Commission constate ainsi que ce pouvoir, dans le secteur des communications électroniques, « a grandement contribué à l'élaboration d'une approche cohérente pour déterminer les circonstances dans lesquelles une réglementation *ex ante* peut être appliquée et celles dans lesquelles les opérateurs y sont assujettis »³⁴⁴. Aussi, dans ce secteur, les hypothèses prévoyant le pouvoir de la Commission d'imposer le retrait d'une décision, sont-elles précisées³⁴⁵. Dans le secteur du gaz naturel, il est augmenté³⁴⁶ et il est étendu en 2009 au secteur de l'électricité³⁴⁷.

Les autorités réglementaires nationales doivent donc être indépendantes. Les directives exigent de surcroît qu'elles disposent d'un large pouvoir de décision.

*B — Le critère matériel : le pouvoir de décision des autorités réglementaires nationales*³⁴⁸

Aux termes des directives, les autorités réglementaires nationales sont définies par leur pouvoir de décision. Elles disposent, si l'on emprunte les catégories du droit français, d'un pouvoir réglementaire général et d'un pouvoir de décision individuelle qui comprend des pouvoirs relevant de la fonction contentieuse. Il est nécessaire de préciser à ce stade que ces pouvoirs peuvent être répartis entre plusieurs entités, pourvu qu'à chaque fois celles-ci satisfassent à l'exigence d'indépendance³⁴⁹.

69. D'une part, les directives imposent d'abord l'attribution aux autorités réglementaires nationales d'un « pouvoir réglementaire » (au sens des directives). Comme l'atteste l'arrêt *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado* la notion de fonction réglementaire au sens des directives a un sens autonome. Il peut s'agir de prendre des décisions individuelles comme des règlements de portée générale. En ce sens, la fonction réglementaire au sens de ces directives a un sens plus large qu'en droit français. La Cour affirme ainsi que les fonctions de réglementation comprennent « l'assignation des ressources

³⁴² V. article 3§3 de la directive 2002/21/CE modifiée par la directive 2009/140/CE ; article 35, 5)a) de la directive 2009/72/CE (Électricité) ; article 39, 5)a) de la directive 2009/73/CE (Gaz naturel).

³⁴³ V. article 7, 4)b) de la Directive 2002/21/CE (directive « Cadre ») ; article 27, 2 de la directive 2003/55/CE (« Gaz naturel »), la directive « Électricité », 2003/54/CE, ne prévoyait pas une telle possibilité.

³⁴⁴ V. considérant 19 de la directive 2009/140/CE.

³⁴⁵ V. article 7 de la directive 2002/21/CE (dite « Cadre ») tel que modifié par la directive 2009/140/CE.

³⁴⁶ V. les nouvelles hypothèses qui prévoient un pouvoir de la Commission d'ordonner le retrait, en dehors de l'hypothèse préexistante dans la directive 2003/55/CE (Dérogations aux engagements « take or pay ») aux articles 36 9, 43 6 b).

³⁴⁷ V. article 39, 6)b) de la directive 2009/72/CE.

³⁴⁸ V. les développements de S. Rodrigues (La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports, Paris, Éd. Tec et doc, 2000, pp. 278 à 281) et A. Laget-Annamayer, La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 291 à 300).

³⁴⁹ V. C.J.C.E., 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado*, Affaire C-82/07, n° 23.

nationales de numérotation et [...] la gestion des plans nationaux de numérotation ».³⁵⁰ Au sens du droit français cette fois, les directives attribuent à la fois un pouvoir réglementaire, défini de manière très large, en terme d'objectifs³⁵¹, et un pouvoir de décision individuelle, d'attribution des ressources rares par exemple³⁵².

70. D'autre part, les directives confèrent aux autorités réglementaires nationales des pouvoirs contentieux — qui seront l'objet de notre étude — et qui ont connu, dans les derniers textes, une certaine extension. Le seul pouvoir contentieux qui n'a pas connu de modifications substantielles est le pouvoir de règlement des différends³⁵³. Au contraire, l'attribution de pouvoirs coercitifs s'est amplifiée. Cette évolution rejoint d'ailleurs une évolution générale du droit de l'Union européenne qui tend, dans un souci d'efficacité, à privilégier la répression administrative à la répression pénale³⁵⁴.

71. On observe une gradation dans l'intensité des pouvoirs répressifs conférés par les directives entre les premiers textes des années 1990, ceux des années 2000 et enfin ceux de 2009. Au départ, les premiers textes des années 1990 ne disaient rien sur les pouvoirs

³⁵⁰ C.J.C.E., 6 mars 2008, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado*, préc., §17.

³⁵¹ Conformément à la définition de la directive, ces textes fixent des objectifs généraux à atteindre par les États. V. par ex. le considérant n° 22 de la directive n° 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service. Sur la définition du pouvoir réglementaire en droit français : V. R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., tome 1, n° 699 : les décisions réglementaires « édictent une norme générale et une telle norme se reconnaît au fait qu'elle s'adresse à une ou plusieurs personnes désignées de façon abstraite ».

³⁵² V. par exemple les décisions d'attribution de licences en vertu de la directive du 10 avril 1997 n° 97/13/CE relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications. Sur la définition du pouvoir de décision individuelle V. R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., tome 1, n° 698 : pour être individuelle une norme doit avoir pour destinataire « une ou plusieurs personnes *nominativement* désignées ». Sur la distinction entre décisions réglementaires et individuelles V. aussi J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 21^e éd., 2006, n°403, p. 349-350 ; M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, *Bibl. de droit public*, tome n° 126 ; J.-M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, L.G.D.J., *Bibl. de droit public* n° 73, 1966 ; J.-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, L.G.D.J., *Bibl. de droit public* n° 81, 1968.

³⁵³ V. pour le secteur des communications électroniques le considérant n° 32 et l'article 20 de la directive n° 2002/21/CE (J.O.C.E. vol. L 108 du 24 avril 2002, pp. 33 à 50) qui est modifié légèrement par la directive 2009/140/CE ; dans le secteur ferroviaire l'article 21(6) de la directive n° 2001/14/CE du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (J.O.C.E. vol. L 75, 15 mars 2001, pp. 29 à 46) ; dans le secteur de l'électricité, voir l'article 20(3) de la directive n° 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E. vol. L 027, 30 janvier 1997, p. 20), l'article 23 de la directive 2003/54/CE (abrogé) et l'article 37 de la directive 2009/72/CE ; dans le secteur gazier, voir l'article 21 de la directive n° 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (J.O.C.E. vol. L 204, 21 juillet 1998, p. 1), l'article 20 de la directive 2003/55/CE (abrogé) et l'article 41 de la directive 2009/73/CE ; dans le secteur aérien, concernant les litiges sur les redevances aéroportuaires qui doivent pouvoir être portés devant l'autorité indépendante, l'article 6§3 de la directive 2009/12/CE.

³⁵⁴ V. par ex. l'évolution de la répression dans le domaine des marchés financiers entre les directives sur les abus de marché 89/592/CEE du 13 novembre 1989 et 2003/6. La directive 2003/6 ne retient plus d'élément moral pour la caractérisation de l'infraction. V. l'explication de la C.J.C.E., 23 décembre 2009, *Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contre Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, C- 45/08. C'est aussi l'avis de L. Grard, « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité — À propos de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *Europe* n° 3, mars 2011, étude 3, spéc. n° 10.

coercitifs des autorités de régulation³⁵⁵. Ce n'est que dans les années 2000, à partir des premières directives de 2002, que les textes européens vont commencer à être plus précis sur le sujet. La directive la plus explicite est la directive 2002/20/CE (dite « autorisation ») dans le secteur des communications électroniques³⁵⁶. Les autres directives, dans les autres secteurs, ne sont pas disertes sur le sujet et n'imposent pas clairement un pouvoir coercitif³⁵⁷, celles-ci requièrent seulement que les autorités réglementaires nationales disposent des pouvoirs nécessaires pour assurer l'efficacité de leur mission³⁵⁸. Les nouvelles dispositions vont imposer largement un recours à la répression administrative. La Commission a annoncé ce changement dès 2006³⁵⁹. Désormais, ces pouvoirs font clairement partie des pouvoirs des autorités de régulation au même titre que le règlement des différends³⁶⁰.

Les autorités réglementaires nationales bénéficient donc d'un pouvoir de décision large et efficace. Elles disposent tant d'un pouvoir réglementaire que d'une fonction contentieuse (de règlement des différends, d'injonction et de sanction) qui leur permet d'exercer pleinement les missions que les directives leur assignent.

C — Le critère fonctionnel : les missions des autorités réglementaires nationales

72. Les autorités réglementaires nationales sont enfin définies par les missions qu'elles ont en charge d'exercer. Est-il possible de déceler une homogénéité de ces missions ? Le problème de la définition de la régulation sera abordé plus loin. À ce stade, nous avons besoin d'une définition provisoire, mais qui, partant du droit positif, permette d'isoler une mission afin de construire notre champ de recherche. Gérard Marcou a mis en évidence, à partir d'une

³⁵⁵ V. dans le domaine des télécommunications par exemple les directives 90/388/CEE, 95/62/CE (cette directive n'évoque les pouvoirs coercitifs qu'en creux en attribuant des pouvoirs de surveillance et de contrôle des autorités de régulation), 96/2/CE et 96/19/CE.

³⁵⁶ V. le considérant 27 de la directive ainsi que l'article 10.

³⁵⁷ V. directive 2003/55/CE dans le domaine du gaz naturel (seul l'article 25§9 confère un pouvoir de sanction à l'autorité de régulation, mais dans un cas bien précis : la répression des manquements aux règles de confidentialité) ; V. aussi directive 2003/54/CE (considérant 37, article 23§9). Dans ces deux textes toutefois aucune préférence n'est faite entre la voie administrative ou pénale, les directives laissent le choix aux États membres du mode de répression. De même dans le secteur postal, les exigences minimales sont de prévoir « les contrôles et les procédures spécifiques afin de veiller à ce que les services réservés soient respectés » (article 22 al. 3 de la directive 97/67/CE, modifiée par la directive 2002/39/CE).

³⁵⁸ V. par exemple l'article 22 al. 3 de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 : « Les autorités réglementaires nationales ont en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la présente directive ».

³⁵⁹ Communication de la Commission, 29.6.2006, COM(2006) 334 final, p. 11. La Commission a commandé de nombreuses études pour l'aider à préparer la révision du paquet télécom. Certaines de ces études ont mis l'accent sur la corrélation entre le degré d'investissement dans le secteur et l'effectivité des sanctions prononcées par le régulateur. L'étude en question montre une forte corrélation, l'effectivité des sanctions étant même le facteur le plus important (v. « An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector » Final Report To The European Commission (DG Information Society and Media) By London Economics In association with PricewaterhouseCoopers, Juillet 2006, spéc. Section 4, pp. 83 suiv.. L'étude est disponible ici : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/ext_studies/assessmt_growth_invt/investment.pdf.

³⁶⁰ V. dans le domaine des communications électroniques, les directives 2002/21/CE (article 13 ter et 21bis) et 2002/20/CE (article 10) modifiées par la directive 2009/140/CE ; dans le domaine de l'électricité, la directive 2009/72/CE (considérant 37, 38 et article 37§2, §4 et §5) et dans le secteur du gaz la directive 2009/73/CE (considérant 33 et article 41§3, §4, §5) ; dans le domaine aéroportuaire, Directive 2009/12/CE du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, article 6§3 et 11§6.

analyse du droit positif, une telle homogénéité : « La régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques »³⁶¹. Tony Prosser en Angleterre arrive au même constat. Il avance en effet l'idée que les théories de la régulation qui ne mettent en avant que l'échec du marché ne permettent pas d'expliquer totalement ce phénomène. Au contraire, dit-il, « d'autres justifications peuvent être invoquées : la protection des droits et l'entretien de la solidarité sociale »³⁶².

73. On constate en effet, dans tous les domaines que couvrent les directives, que celles-ci imposent aux autorités réglementaires nationales de prendre en compte deux types d'objectifs de nature économique et de nature non économique. Dans les télécommunications, la première directive se contentait de promouvoir un équilibre entre les différents acteurs (les utilisateurs et les organismes de télécommunications³⁶³). Les pressions des États, et en particulier de la France, pour une prise en compte du service public ont entraîné un changement dans les objectifs des autorités réglementaires nationales qui se sont ainsi étoffés. La réglementation ne doit pas seulement tenter d'établir un compromis entre les intérêts des différents acteurs, elle doit promouvoir à présent des objectifs non économiques tels que le service public.

74. Comment se présentent concrètement ces missions dans l'économie générale des directives ? La directive 2002/21/CE fixe un cadre clair pour l'action des autorités réglementaires nationales. Les objectifs sont présentés comme des normes d'habilitation à prendre des mesures d'application : « Les États membres veillent, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, à ce que les autorités réglementaires nationales prennent toutes les mesures raisonnables visant à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs »³⁶⁴. Cette disposition impose trois remarques : d'abord, les autorités réglementaires nationales doivent agir dans la poursuite de ces objectifs (ce n'est pas une faculté, mais une obligation) ; ensuite, ces objectifs ne sont pas seulement le cadre de leur action, ils en sont le fondement juridique en plus d'en constituer la finalité ; enfin, la directive impose une obligation de mesure³⁶⁵ et de proportionnalité. Le principe de

³⁶¹ G. Marcou, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A. 2006 p. 347.

³⁶² Traduction libre de : « This article argues that, although some regulation will be based on market failure, other justifications can be found in the protection of rights and in the maintenance of social solidarity ». Il ajoute ensuite : « Theoretical support for this last rationale can be found in the work of Durkheim and Duguit and the concept of public service » (V. T. Prosser, « Regulation and Social Solidarity », Journal of Law and Society, Vol. 33, Issue 3, September 2006, pp 364-387, spéc. p. 364). V. aussi du même auteur, Law and the regulators, Oxford, Clarendon, 1997, pp. 5-6.

³⁶³ V. considérant n° 20 de la directive n° 95/62/CE. La directive insiste nettement sur la nécessité de protéger les utilisateurs en imposant un certain nombre d'obligations qui peuvent se résumer à la transparence afin d'éclairer leur choix (V. par ex. l'article 4 « Publication d'information et accès à ces informations »).

³⁶⁴ V. Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), Chapitre III, Tâches des autorités réglementaires nationales, article 8.1.

³⁶⁵ Le terme raisonnable fait référence à un standard classique dans les pays de *common law*. C'est en effet le standard classique qui permet, dans le cadre d'un recours contre une décision administrative, de l'annuler. Cette jurisprudence a été fixée dans la décision Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation ([1948] 1 KB 223) si bien que l'on parle couramment du standard « wednesbury unreasonableness ». Les termes de Lord Greene sont devenus classiques : « It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does

proportionnalité est certainement le principe qui permet d'assurer cet équilibre entre les objectifs d'ordres différents que les autorités sectorielles doivent concilier. Ces objectifs sont bien, comme le remarque Gérard Marcou, d'ordre économique (le développement de la concurrence dans le marché national et européen³⁶⁶) et non économique (les intérêts des citoyens³⁶⁷). On retrouve la même structure dans les autres secteurs³⁶⁸. Le critère fonctionnel a donc un statut tout à fait particulier puisqu'il est à la fois le fondement et le but des mesures des autorités réglementaires nationales.

Il y a donc bien une notion juridique d'autorité de régulation en droit de l'Union européenne. La notion d'autorité de régulation en est la transposition en droit interne.

II — La notion d'autorité de régulation dans les droits internes

La transposition des directives en France et au Royaume-Uni a conservé cette structure si bien que l'on peut parler d'une notion juridique d'autorité de régulation.

75. En France, on retrouve les critères de la notion d'autorité de régulation posés par les directives. D'abord, les autorités de régulation sont toutes dotées de garanties d'indépendance — sauf dans le secteur aéronautique³⁶⁹ —, car l'État est resté actionnaire des grandes

that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word "unreasonable" in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting "unreasonably." Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington LJ in *Short v Poole Corporation* [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another ».

³⁶⁶ La directive présente l'objectif de contribuer au développement du marché intérieur (article 8.3) comme un objectif à part entière. Nous pensons qu'il faut le rattacher à la poursuite des objectifs économiques. Il s'agit toujours en effet de promouvoir la concurrence, mais simplement dans un espace différent. L'article 8.2 indique en effet que la concurrence doit être promue dans la fourniture de réseaux et de services et l'article 8.3 précise bien que la contribution au développement du marché intérieur doit permettre d'augmenter la concurrence dans la fourniture de réseaux et les services (article 8.3.a).

³⁶⁷ Il est significatif à cet égard que la directive n'emploie plus le terme utilisateurs, mais celui de citoyen qui indique bien que dans le cadre du service universel les individus ne sont pas envisagés simplement comme des agents économiques, mais bien comme des citoyens. Plus précisément, les A.R.N. doivent promouvoir le service universel, la protection des consommateurs, de leurs données, de leur information (article 8.4).

³⁶⁸ V. l'article 3 (Chapitre II) de la directive n° 96/92/CE qui dispose que les entreprises d'électricité doivent être exploitées « dans la perspective d'un marché de l'électricité concurrentiel et compétitif » (article 3.1) puis que les États membres peuvent imposer des obligations de service public (article 3.2). V. aussi l'article 3 de la directive n° 98/30/CE. L'économie des directives dans le secteur postal est différente puisque dans ce secteur la logique de service public semble primer. Les directives n° 97/67/CE et 2002/39/CE mettent bien davantage l'accent sur le service universel. La concurrence, malgré les titres des directives, semble absente. Il s'agit d'un encadrement du service universel pour le soumettre à certaines règles de transparence pour préparer l'ouverture à la concurrence. Seul le secteur ferroviaire n'est pas caractérisé par une structure d'action en termes d'équilibre entre des objectifs de nature différente.

³⁶⁹ Dans le secteur aéronautique, l'autorité est un service de l'État, la direction générale de l'aviation civile, dont un service est chargé de la « régulation économique » (V. Décret n° 2005-471 du 16 mai 2005 fixant l'organisation de l'administration centrale du ministère de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du

entreprises publiques dans ces secteurs³⁷⁰. Cette indépendance est en premier lieu fonctionnelle : ces autorités « ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique qui s'exerce normalement de plein droit à l'égard de tout agent ou organe inséré dans l'appareil administratif »³⁷¹. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé à l'attribution de cette garantie aux autorités administratives indépendantes, ce qui semblait pourtant aller à l'encontre de la lettre de l'article 20 de la Constitution qui prévoit que le gouvernement « dispose de l'administration »³⁷². Il faut constater qu'en matière budgétaire cette indépendance est assez fragile en raison de l'absence d'autonomie budgétaire de ces instances³⁷³, ce qui induit souvent une pénurie de moyens³⁷⁴. Cette indépendance est en second lieu organique : le mode de nomination³⁷⁵, réformé en 2010³⁷⁶, ainsi que les garanties de non-révocabilité³⁷⁷ et de non-renouvellement³⁷⁸ des membres des collèges en sont les

territoire, du Tourisme et de la Mer, article 10). V. G. Marcou, « Régulation, services publics et intégration en France », *in* Droit de la régulation, service public et intégration régionale : Expériences, G. Marcou, F. Moderne (dir.), tome 2, préc., p. 90.

³⁷⁰ La définition communautaire de l'indépendance était rappelée en droit interne à l'ancien art. L35-4 CPT (créé par l'article 8 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 et supprimé par l'art. 19 de l'Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications (J.O.R.F. n° 173, 28 juillet 2001, p. 12132)) et à l'art. L32-1-I-3° CPCE. L'Agence des participations de l'État estime (au 2 juin 2009) que la part de l'État dans EDF était de 84,40 %, dans GDF Suez de 35,62 %, France Télécom de 26,65 % (V. site internet de l'Agence des participations de l'État accessible à l'adresse suivante : <http://www.apecy.gouv.fr>).

³⁷¹ V. J.-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, Jcl adm., fasc. 75, n° 19.

³⁷² Avec O. Gohin il faut comprendre que l'article 20 ne s'applique pas à toute l'Administration d'État « mais seulement à sa majeure partie, celle qui, au niveau central et déconcentré, relève, en définitive, directement ou indirectement, des autorités centrales suprêmes de l'État (...). Dès lors, s'agissant des autorités administratives indépendantes, on ne se trouve pas dans une situation d'inconstitutionnalité face à une hypothèse que le constituant n'avait pas envisagée, mais devant un vide juridique que le Conseil constitutionnel vient combler » (O. Gohin, *Institutions administratives*, préc., p. 244 ; V. aussi C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », RDP 1990.153 ; Grandes décisions du Conseil constitutionnel, décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel », n° 41, spéc. n° 18 suiv. ; Hubert Delzangles, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, thèse préc., pp. 202 suiv.). Pour une analyse de la notion d'indépendance appliquée au Conseil constitutionnel V. les travaux de J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris 1, pp. 17-32.

³⁷³ Dépourvues la plupart du temps de personnalité morale (sauf la CRE qui s'est vue brièvement attribuée la personnalité morale par l'article 117 de la loi de finances rectificative pour 2004 n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 et qui se l'est vue retirer par l'article 103 de la loi n° 2005-781 de la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique) « elles ne disposent ni d'un patrimoine, ni de ressources propres susceptibles de fonder une véritable autonomie financière » (J.-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, préc., n° 22). Leur budget est donc rattaché au département ministériel compétent pour le secteur.

³⁷⁴ V. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, préc., Recommandation n° 17 ; Rapport du Conseil d'État, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, préc., p. 353 ; J.-L. Autin affirme même que « la condition faite aux nouveaux organismes ne correspond pas, tant s'en faut, à l'objectif d'indépendance officiellement proclamé » (JCl Adm., fasc. 75, *Les autorités administratives indépendantes*, préc., n° 21 suiv.).

³⁷⁵ V. concernant l'ARCEP, l'art. L130 al. 1 CPCE qui répartit le pouvoir de nomination entre l'exécutif et les présidents des deux chambres ; l'art. 28-II de la loi n° 2000-108 pour la CRE.

³⁷⁶ V. Les lois organique et ordinaire du 23 juillet 2010 relatives à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution « vont dans le sens d'un rééquilibrage entre les pouvoirs de l'exécutif et du législatif », en prévoyant un contrôle parlementaire sur les nominations du ressort du Président de la République. V. le comm. de cette réforme in *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome I, R. Dosièrre, C. Vanneste, Paris, Documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 2925, p. 94.

³⁷⁷ V. concernant l'ARCEP, l'art. L130 al. 3 CPCE ; pour la CRE, l'article 28-VI de la loi n° 2000-108.

³⁷⁸ V. concernant l'ARCEP, l'art. L130 al. 6 CPCE ; pour la CRE, l'article 28-II al. 2 de la loi n° 2000-108.

garants. Les dispositifs législatifs tendent ainsi à assurer l'indépendance des autorités par rapport au pouvoir politique et au secteur économique concerné³⁷⁹.

76. Ensuite, les autorités de régulation sont dotées de pouvoirs coercitifs³⁸⁰ et de règlement des différends³⁸¹. Le pouvoir réglementaire de ces autorités est, lui, très encadré. Le Conseil constitutionnel est venu limiter la possibilité de déléguer le pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes ; les mesures qu'elles peuvent édicter doivent être « limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu »³⁸².

77. Au Royaume-Uni, on retrouve aussi ces éléments. Les autorités de régulation bénéficient d'abord d'une indépendance, même si celle-ci est moindre juridiquement qu'en France³⁸³. Ce critère est ici difficile à analyser juridiquement, car rien dans les différentes lois ne vient affirmer l'indépendance de ces organismes. Il apparaît ainsi que l'indépendance fonctionnelle des autorités anglaises est ambiguë. Au niveau des moyens juridiques,³⁸⁴ les régulateurs anglais bénéficient d'une indépendance relative : le Secrétaire d'État se voit en effet reconnaître un pouvoir d'instruction dans de nombreuses hypothèses ; même si celui-ci est encadré par la loi³⁸⁵. Par contre, au niveau des moyens matériels, les régulateurs anglais

³⁷⁹ V. les dispositions prévenant les conflits d'intérêts pour l'ARCEP (L. 131 CPCE) et pour la CRE (art. 28-V de la loi n° 2000-108).

³⁸⁰ V. dans le secteur des communications électroniques l'article L. 36-11 CPCE, dans le secteur postal l'article L. 5-2 et L. 5-3 du CPCE ; dans le secteur de l'électricité, voir l'article 40 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., 11 février 2000, p. 2143) ; dans le secteur gazier voir les articles 13 II. 14° et 17° de la loi n° 2003-8 du 3 janvier relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3 du 4 janvier 2003, p. 265).

³⁸¹ V. dans le secteur des communications électroniques l'article L. 36-8 CPCE ; dans le secteur postal l'article L. 5-4 suiv. du CPCE ; dans le secteur de l'électricité article 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F., 11 février 2000, p. 2143) ; dans le secteur gazier voir l'article 13 II. 9° de la loi n° 2003-8 du 3 janvier relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (J.O.R.F. n° 3 du 4 janvier 2003, p. 265).

³⁸² Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC. « Ce qui signifie, en clair, que non seulement la compétence réglementaire des AAI est limitée "en surface" (...), mais aussi "en profondeur" : les autorités indépendantes peuvent arrêter les mesures de détail après que le pouvoir réglementaire national ait défini les éléments essentiels » (V. L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12^e éd., p. 737, n° 42-22).

³⁸³ V. Dans une analyse comparée des autorités de régulation du secteur postal en Allemagne, en France et au Royaume-Uni, Sandra Eckert conclut que les autorités françaises bénéficient de l'indépendance la plus importante (S. Eckert, « Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector », Journal of European Public Policy, 2010, vol. 17 n° 8, pp. 1231 — 1252). L'auteur affirme « the French authority enjoys the highest degree of formal independence of the three. Against any expectations resulting from the typology, the institutional design which the UK and Germany chose is far more geared towards exerting political control than is the case in France » (p. 1239).

³⁸⁴ Nous reprenons à notre compte ici la *summa divisio* (moyens juridiques et moyens matériels) utilisée par J.-L. Autin pour analyser l'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes (V. J.-L. Autin, JCl. Adm., fasc. 75, Autorités administratives indépendantes, n° 17 suiv.).

³⁸⁵ La loi (Communications Act 2003), après avoir posé l'obligation pour Ofcom de mener ses tâches relatives au réseau et au spectre dans le respect des instructions spéciales ou générales adressées par le Secrétaire d'État (art. 5), encadre ce pouvoir. L'article 5(3) énumère de manière limitative les motifs de ces instructions ((a) l'intérêt de la sécurité nationale ; (b) l'intérêt des relations du gouvernement avec des pays ou des territoires hors du Royaume-Uni ; (c) afin de permettre le respect des obligations internationales du Royaume-Uni ; (d) dans l'intérêt de la sécurité du public et de la santé publique). Ce pouvoir d'instruction est aussi limité dans son domaine puisqu'il ne peut porter atteinte aux autorisations de fournisseur de réseaux et de services (art. 5(4)). Enfin, ce pouvoir est encadré par des garanties de publicité (art. 5(5)) auxquelles le Secrétaire d'État ne peut se soustraire que dans l'intérêt de la sécurité nationale et des relations diplomatiques du pays. D'autres articles de la loi confèrent un pouvoir d'instruction au Secrétaire d'État dans d'autres hypothèses : dans le cadre du rôle de

jouissent de moyens importants puisqu'ils sont en général financés par le secteur qu'ils surveillent³⁸⁶ ; ce mode de financement peut d'ailleurs poser certains problèmes quand le marché n'est pas encore pleinement concurrentiel³⁸⁷. L'avantage de ce mode de financement est que les instances de régulation ne souffrent pas, comme en France, d'une pénurie de moyens.

78. L'indépendance organique de ces autorités est aussi relative : le mode de nomination est entièrement dépendant du seul Secrétaire d'État. Des dispositions garantissent l'absence de conflit d'intérêts³⁸⁸. Le renouvellement des membres est possible³⁸⁹. En revanche, le pouvoir de révocation du Secrétaire d'État est très encadré et limité à certaines hypothèses graves³⁹⁰.

79. Les autorités forment néanmoins toutes des entités juridiques distinctes du gouvernement sous la forme soit d'établissements publics³⁹¹ soit de départements gouvernementaux non ministériels³⁹². Le statut de *non-ministerial government departments* leur confère une indépendance importante, sur le modèle des autorités administratives indépendantes françaises, car ils ne sont pas soumis à l'autorité hiérarchique du ministre. Tony Prosser avance que les autorités disposent, dans les faits, d'une autonomie importante³⁹³.

représentation d'Ofcom dans les instances internationales spécialisées dans les télécommunications (article 22), afin d'éviter qu'Ofcom ne porte atteinte aux engagements internationaux du pays (article 23) et dans la gestion du spectre radio (article 156). Par ailleurs, certaines licences (pour les chaînes 3 et 5) doivent contenir des dispositions permettant de donner plein effet aux instructions du Secrétaire d'État (art. 214(3)). Le Secrétaire d'État possède aussi un pouvoir d'instruction concernant l'organisation d'Ofcom. Aux termes de l'Office of Communications Act 2002 (chapitre 11), il peut ainsi fixer par voie d'instruction le nombre maximum et minimum des membres exécutifs de l'organisme ainsi que le sort des excédents budgétaires qu'Ofcom serait susceptible de dégager (article 8(2)). On retrouve le même pouvoir dans le domaine de l'énergie pour la Gas and Electricity Markets Authority (GEMA qui dirige Ofgem) : V. article 5(3) du Utilities Act 2000 (chapitre 27) ; dans le domaine ferroviaire V. art. 69(2) du Railways Act 1993 (chapitre 43). Dans le secteur postal on retrouvait les mêmes dispositions (V. art. 44 (2) du Postal Services Act 2000 (chapitre 26)). Le transfert des fonctions de Postcomm à Ofcom entraîne l'application au secteur postal des dispositions concernant Ofcom, qui restent inchangées.

³⁸⁶ V. pour les budgets des différentes autorités le vol. 1 du rapport de la Chambre des Lords préc., p. 33. Pour une répartition des sources de revenus des autorités il faut analyser les comptes : V. par exemple le budget d'Ofcom en 2008 : il a reçu du gouvernement £81,009 sur un total de £142,396 soit environ 55 % (Ofcom Annual Report 2007/08, Section E, Accounts for the period 1 April 2007 to 31 March 2008, p. 11).

³⁸⁷ Ainsi dans le secteur postal le régulateur est financé par le secteur ce qui signifie qu'il est largement financé par Royal Mail détenu en totalité par le Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Dans les faits l'ancienne Postcomm était donc financée par le département dont il relève lui-même (V. House of Lords Select Committee on Regulators, 1st Report of Session 2006–07, UK Economic Regulators Volume I: Report, HL Paper 189-I, p. 71, § 6.46). Sur le financement des régulateurs V. ce rapport pp. 70 suiv.. Le Postal Services Act de 2011 semble avoir modifié le mode de financement. Il permet en tout cas à Ofcom (nouvel autorité en charge de la réglementation du secteur postal) de percevoir des redevances versées par les opérateurs du marché (spéc. annexe 4).

³⁸⁸ V. par ex. pour Ofcom l'annexe 1(1) de l'Office of communications Act.

³⁸⁹ V. par ex. pour Ofcom l'annexe 2(2) de l'Office of communications Act.

³⁹⁰ V. par ex. pour Ofcom l'annexe 2(4)(a) à (e) de l'Office of communications Act qui mentionne la faillite personnelle ou l'incapacité à poursuivre son travail.

³⁹¹ Ofcom (art. 1(1) de l'Office of communications Act) et la Civil Aviation Authority (créée en 1971, son statut est fixé par le Civil Aviation Act 1982 (c. 16)) sont des établissements publics.

³⁹² Postcomm, Ofgem, ORR sont des *non-ministerial government departments* (V. rapport préc., p. 70). Postcomm ne fait désormais plus partie de cette liste, ses fonctions ayant été transféré à Ofcom, lequel est un établissement public.

³⁹³ T. Prosser, *Law and the regulators*, préc., p. 38.

80. Au total, la conception anglaise de l'indépendance diffère de la française. Juridiquement, le pouvoir d'instruction du Secrétaire d'État rapproche l'instance du gouvernement tout comme les caractéristiques organiques des instances. Au contraire, la forte autonomie budgétaire de ces organismes les rapproche du secteur privé. La manière dont l'indépendance est organisée en France et au Royaume-Uni diffère radicalement. Cette différence pourrait s'expliquer par un élément important : les organismes anglais jouissent souvent de compétences beaucoup plus étendues que les instances françaises. Le pouvoir d'instruction correspond donc souvent, comme en matière énergétique, au pouvoir du Secrétaire d'État de fixer les orientations de politiques publiques, orientations qui relèvent bien de choix politiques³⁹⁴.

81. Ensuite, les pouvoirs dont ces instances sont dotées comprennent aussi bien des pouvoirs coercitifs³⁹⁵ que de règlement des différends³⁹⁶.

82. Enfin, les différentes lois dotent ces instances d'une fonction de régulation, au sens où elles doivent, dans leur action, opérer un compromis entre objectifs économiques et non économiques³⁹⁷. Une brève étude de cas du secteur des communications électroniques nous permettra de démontrer ce point. Les objectifs de l'autorité dans ce domaine sont nombreux³⁹⁸, variés, au point qu'il est difficile de les systématiser ou de les hiérarchiser — ce qui ne manque pas d'ailleurs de poser des problèmes aux autorités elles-mêmes³⁹⁹.

³⁹⁴ V. sur ce point ce rapport : House of Lords, Select Committee on Regulators, UK Economic Regulators, 1st Report of Session 2006–07, vol. 1, HL Paper 189-I, pp. 12-13, § 1.24 à 1.28 et pp. 70 à 73, § 6.42 à 6.60. Un exemple d'interférence politique est resté fameux : en 2001, le président de Railtrack négocia en sous-main avec le Secrétaire d'État aux transports, Stephen Byers, la mise sous administration judiciaire de l'entreprise en raison de ses pertes trop importantes. Le président de l'autorité de régulation du transport ferroviaire, Tom Winsor, fut mis au courant au dernier moment de ce projet, mais aussi de la difficulté financière de cette société, difficulté qu'il aurait pu atténuer en augmentant la rémunération des services de Railtrack. Tom Winsor avança que la meilleure solution serait qu'il mène un examen de la situation. Le Secrétaire d'État lui répondit que toute tentative serait vaine, car le gouvernement s'y opposerait en faisant adopter une loi d'urgence au Parlement. Le Secrétaire d'État fut soupçonné par la suite d'avoir voulu utiliser ce moyen pour nationaliser Railtrack à peu de frais (V. « Rail Regulator Accuses Byers over Railtrack », *Financial Times World Media*, London, 8 novembre 2001, p. 1 ; « Former rail regulator's notes released on talks with government », *Financial Times*, London, 29 juin 2005, p. 4).

³⁹⁵ Dans le secteur ferroviaire, le pouvoir de sanction est prévu aux articles 55 à 58 du Railways Act 1993 (c. 43) et repris par le Railways and Transport Safety Act 2003 (c. 20) ; dans le secteur des communications électroniques, v. article 94 suiv. du Communications Act 2003 (c. 21) ; dans le secteur gazier, voir l'article 28 suiv. du Gas Act 1986 (c. 44) ; dans le secteur électrique, voir les articles 25 suiv. de l'Electricity Act 1989 (c. 29) ; enfin, dans le secteur postal voir l'annexe 7 du Postal Services Act 2011.

³⁹⁶ Dans le secteur des communications électroniques, voir l'article 185 suiv. du Communications Act 2003 (c. 21) ; dans le secteur gazier, voir l'article 27A du Gas Act 1986 (c. 44) ; dans le secteur électrique, voir l'article 23 de l'Electricity Act 1989 (c. 29). Le pouvoir de règlement des différends de Postcomm était contenu dans l'autorisation administrative de l'opérateur historique, Royal Mail. Il est aujourd'hui consacré par la loi. Le Postal Services Act de 2011 permet à Ofcom de résoudre les litiges relatifs à l'accès dans le secteur postal (Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2). Dans le secteur ferroviaire, la loi ne met pas en place une procédure formelle de règlement des différends telle qu'on peut la connaître dans les autres secteurs. Il est néanmoins possible de saisir ORR si un concurrent n'est pas satisfait du contrat d'accès qu'on lui propose (v. Railways Act 1993 c. 43, Annexe 4 intitulée « Access agreements: applications for access contracts », spéc. §2).

³⁹⁷ V. dans le secteur des communications électroniques l'article 3 du Communications Act ; dans le secteur énergétique l'art. 4AA du Gas Act 1986 et l'art. 3 de l'Electricity Act 1989 ; dans le secteur postal l'art. 29 du Postal Services Act 2011 et enfin dans le secteur ferroviaire l'article 4 du Railways Act 1993.

³⁹⁸ On peut dénombrer, sans d'ailleurs être réellement certain, une vingtaine d'objectifs différents dans le Communications Act 2003.

³⁹⁹ V. sur ce point le rapport de la Chambre des Lords sur les régulateurs économiques, p. 24, n°3.8.

83. Une série d'objectifs est à écarter de l'analyse ; ce sont les conditions d'exercice de l'action : la loi dispose ainsi qu'Ofcom doit exercer son pouvoir de manière transparente, responsable⁴⁰⁰, proportionnée, pertinente et ciblée. Ces objectifs ne nous intéressent pas à ce stade.

84. La loi pose ensuite les finalités de l'action de l'autorité qui sont variées et qui comprennent plusieurs niveaux de hiérarchie avec des règles de conflit⁴⁰¹. La règle de hiérarchie posée par la loi à l'article 3 (6) établit en réalité la supériorité des objectifs européens contenus dans les directives sur ceux de la loi. De fait, par le renvoi à l'article 8 de la directive-cadre, la loi fait siens les objectifs économiques et non économiques du droit de l'Union européenne⁴⁰². Toutefois, l'analyse du discours institutionnel qu'émet l'instance montre qu'Ofcom prend davantage en compte les objectifs qui ne sont pas d'origine européenne, posés par le législateur anglais⁴⁰³. Quels sont-ils ? La loi assigne deux objectifs principaux à Ofcom qu'il faut concilier : la promotion des intérêts des citoyens et ceux des consommateurs⁴⁰⁴. L'analyse des travaux préparatoires et des articles sur le choix de ces termes au moment de l'adoption de la loi montre que la dichotomie citoyen/consommateur recoupe largement l'opposition économique/non économique. Ainsi le ministre de la Culture de l'époque, Tessa Jowell affirma que le gouvernement croyait absolument que l'intérêt du consommateur est normalement servi par la concurrence, alors que pour promouvoir l'intérêt du citoyen, la concurrence n'est qu'une solution parmi d'autres⁴⁰⁵. Lors des débats certains Lords firent même un lien direct entre l'intérêt du citoyen et le service public⁴⁰⁶. Malgré la différence de terminologie, la dichotomie citoyen/consommateur recoupe largement l'opposition entre objectifs économiques et non économiques. Cette définition des fonctions

⁴⁰⁰ La traduction du terme « *accountable* » par « responsable » fait perdre du sens à cette notion. Dans le système constitutionnel anglais, l'*accountability* est un principe cardinal de l'action publique et correspond au devoir de rendre des comptes, de justifier son action devant la représentation nationale et l'opinion publique. Il fait donc référence au contrôle politique de l'Administration.

⁴⁰¹ La loi assure la transparence du règlement des conflits d'objectifs, car Ofcom doit assurer la publicité de ces conflits en diffusant les cas importants où elle a rencontré un conflit et la manière dont elle l'a résolu (V. art. 3(6) à 3(14) du Communications Act 2003).

⁴⁰² Il est d'ailleurs intéressant de constater que la transcription des objectifs communautaires dans la loi est un peu biaisée, car là où la directive pose un objectif clair de promotion des intérêts des citoyens de l'Union européenne en terme de service universel la loi ne transcrit pas ce point et ne fait pas référence au service universel. Cette rédaction s'explique peut-être par la nature même d'Ofcom qui est un régulateur qui résulte de la fusion d'anciens régulateurs du contenu des programmes et des réseaux.

⁴⁰³ V. le site internet de l'instance qui ne mentionne pas les objectifs posés par le droit de l'U.E. dans l'exposé de ses missions (V. site d'Ofcom, About Ofcom).

⁴⁰⁴ V. art. 3(1) (a) et (b), Communications Act 2003. Ces termes ont été l'objet d'un débat ardent et le consensus n'a été obtenu que dix-neuf heures avant la promulgation royale (V. T. Jowell, Act of clarity – The Culture Secretary admits campaigners have made the Comms Bill better, Financial Times, Jul 22, 2003, p. 4). Pour une explication de la genèse de cette formulation V. S. Livingstone, P. Lunt, L. Miller, « Citizens and consumers: discursive debates during and after the Communications Act 2003 », Media Culture Society, vol. 29(4), pp. 613-638, spec. p. 617 à 626. V. aussi S. Livingstone, P. Lunt, « Representing Citizens and Consumers in Media and Communications Regulation », The Annals of the American Academy of Political and Social Science may 2007, n° 611, pp. 51 à 66. Pour une explication de l'inscription du Communications Act 2003 dans le contexte plus global de la politique audiovisuelle du gouvernement d'alors V. D. Hesmondhalgh, « Media and cultural policy as public policy », International Journal of Cultural Policy, vol. 11(1), pp. 95 à 109.

⁴⁰⁵ Traduction libre de : « We absolutely believe that the consumer interest is usually best served by the promotion of competition, but ... in citizen interest issues, competition is only one possible solution » (Hansard, 14 July 2003)

⁴⁰⁶ V. Baroness Howe, HL Deb 23 June 2003 vol. 650 cc11-25, §13-14.

des autorités de régulation en terme de conciliation d'intérêts divergents s'applique aussi aux autres secteurs⁴⁰⁷.

Nous avons, au terme de cette démonstration, dégagé un certain nombre de caractères de l'autorité de régulation, caractères repris dans les droits internes. Il reste à présent à utiliser ces critères pour ranger sous la bannière de l'autorité de régulation l'ensemble des institutions présentant les mêmes caractéristiques.

§ 2 — De la catégorie technique à la catégorie conceptuelle : le cadre précis de l'analyse

85. Arrivé au terme de cette analyse, il reste à fixer le cadre précis de la recherche. À ce stade, la notion juridique d'autorité de régulation est définie et encadrée par trois bornes issues de l'analyse du droit positif : un critère organique (un certain degré d'indépendance), un critère matériel (les pouvoirs des autorités) et un critère fonctionnel (les missions des autorités). La notion couvre donc un large spectre de secteurs et d'autorités dans les deux pays.

86. Cette notion peut nous permettre d'agréger à notre étude des instances qui, sans être couvertes par le droit de l'Union européenne, satisfont néanmoins aux mêmes critères. Cette méthode, qui consiste, à partir de l'analyse du droit positif, à dégager une notion, pour ensuite agréger à celle-ci les réalités juridiques qui obéissent aux mêmes critères, est utilisée assez souvent, comme en témoigne l'analyse des autorités administratives indépendantes menée par le Conseil d'État⁴⁰⁸. De la catégorie technique, il s'agit à présent de passer à la catégorie conceptuelle.

87. Ainsi, il existe au Royaume-Uni, dans le secteur de l'eau, une autorité, Ofwat⁴⁰⁹, qui répond aux critères que nous avons énoncés. L'intérêt de ne pas écarter cette instance de notre étude s'explique aussi par les abondantes décisions de justice qui la concernent. Il existe aussi une autorité intéressante dans le domaine de l'aviation, la Civil Aviation Authority, que nous n'écarterons pas d'emblée même si elle ne fera pas l'objet d'une analyse systématique⁴¹⁰.

88. De même, en France, le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴¹¹ répond à ces conditions. De surcroît, le législateur l'a doté d'un pouvoir de règlement des différends. L'importance de ce secteur, mais aussi le fait que le contrôle juridictionnel de ces décisions a été confié au

⁴⁰⁷ V. pour l'électricité art. 3 de l'Electricity Act 1989, pour le gaz l'art. 4AA du Gas Act 1986, dans le secteur postal l'art. 29 du Postal Services Act 2011 et enfin dans le secteur ferroviaire l'art. 4 du Railways Act 1993.

⁴⁰⁸ V. Rapport du Conseil d'État, Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, préc., p. 300.

⁴⁰⁹ La Water Services Regulation Authority (Ofwat) fut créée par le Water Industry Act 1991 et modifiée par le Water Act 2003. Son indépendance est aussi relative que celle des autres régulateurs (V. les pouvoirs d'instruction du Secrétaire d'État (V. art. 13(4) par ex.) ainsi que les modes de nomination (V. annexe 1 art. 1 à 4). Elle dispose de pouvoirs de sanction (V. par ex. art. 38A(3) du Water Industry Act 1991) et de règlement des différends (art. 30A du Water Industry Act 1991). Ses fonctions sont exprimées dans les mêmes termes que celles des autres autorités (art. 2 du Water Industry Act 1991).

⁴¹⁰ En outre, la directive 2009/12/CE du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires impose un pouvoir de règlement des différends dans certaines hypothèses (article 6§3).

⁴¹¹ Le C.S.A. répond aux critères de l'autorité de régulation que nous avons énoncés même si son rôle en matière de contrôle du contenu des programmes pourrait laisser penser que sa nature est différente. Il n'en est rien, car cette instance a un rôle éminent à jouer sur le marché ; c'est elle qui attribue les autorisations aux télévisions et aux radios diffusées par voie hertzienne terrestre. L'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication lui attribue un pouvoir de règlement des différends qui la rapproche encore des autres régulateurs que nous étudions.

Conseil d'État⁴¹² imposent de ne pas exclure ce domaine du champ de la recherche. Une autorité méconnue et qui répond pourtant à l'ensemble des critères énoncés, le Médiateur du cinéma⁴¹³, rentrera dans notre champ. L'inclusion de cette autorité ne s'est pas imposée d'emblée, car son pouvoir de règlement des litiges est méconnu ; pourtant il s'agit de la première autorité dotée d'un tel pouvoir. Enfin, une dernière autorité rentrera dans notre champ, l'Autorité de régulation des mesures techniques⁴¹⁴, devenue Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet⁴¹⁵. Cette instance est en effet dotée des mêmes caractéristiques que les précédentes et dispose, au même titre que les autres, d'un pouvoir de règlement des différends.

§ 3 — Précisions quant à la portée territoriale de l'analyse concernant le Royaume-Uni

89. La compétence des autorités de régulation britannique pourrait dépendre d'un autre élément tenant à l'évolution de l'organisation territoriale du pays avec la dévolution⁴¹⁶. Ce mouvement a consisté à accorder davantage d'indépendance (et de compétences) à certaines parties du Royaume-Uni comme l'Écosse, l'Irlande du Nord et, à un moindre degré, le Pays de Galles.

Toutefois, dans les domaines étudiés, ce mouvement n'a pas eu de conséquence notable, ce qui est compréhensible étant donné le caractère européen de nombreuses politiques dans les domaines à l'étude. Les nuances sont donc faibles et ne méritent pas d'être notées. On fera donc référence, tout au long de l'étude, au Royaume-Uni, car tel est le champ de compétence de l'ensemble des autorités en vertu des lois qui ont transposé les directives sectorielles ou qui ont ouvert à la concurrence les services publics en réseau non concernés par le droit de l'Union européenne⁴¹⁷.

Conclusion du Chapitre 2

La construction de la notion d'autorité de régulation et la délimitation du champ de notre étude ont imposé la mobilisation successive de deux méthodes. La première, partant du droit positif, s'est attachée à manifester l'existence de cette notion en droit de l'Union européenne

⁴¹² V. article 17-1 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée et complétée, disposition créée par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 et modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009.

⁴¹³ V. Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (J.O.R.F., 30 juillet 1982, p. 2431).

⁴¹⁴ V. Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁴¹⁵ V. Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (J.O.R.F., n° 0135, 13 juin 2009, p. 9666, texte n° 2).

⁴¹⁶ Le mouvement de dévolution a commencé au Royaume-Uni en 1998 même si, pour l'Irlande du Nord, le mouvement avait commencé dès 1921. V. C. Turpin, A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, préc., spéc. chap. 4 ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite Une introduction au droit politique britannique*, préc., pp. 269 suiv..

⁴¹⁷ Le champ de compétence des autorités correspond donc à l'ensemble du Royaume-Uni. Ceci n'exclut pas que le mouvement de dévolution ait eu des conséquences sur les missions et l'organisation des autorités sectorielles. Le Communications Act de 2003 prévoit ainsi qu'Ofcom devra mettre en place des antennes dans chaque partie du pays, en Angleterre, au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord (article 1(6)). De même la nomination des membres des commissions spécialisées de l'autorité doit refléter la composition du pays (articles 12, 17, 20).

et, en conséquence, dans les droits internes à la suite du processus de transposition. La seconde, partant des critères dégagés au bout de cette analyse, a consisté dans le rattachement à cette catégorie des institutions présentant des caractères similaires, et au surplus les mêmes pouvoirs contentieux.

Conclusion du Titre II

La combinaison du champ de la notion de fonction contentieuse et de celui de la notion d'autorité de régulation permet désormais l'éclaircissement de l'objet de recherche. Il s'agira d'étudier les actes contentieux, qu'ils soient de règlement des différends ou coercitifs (injonctions, sanctions, mesures conservatoires) des autorités de régulation. Ces autorités couvrent un large spectre dont le cœur constitue les autorités couvertes par le droit de l'Union européenne et qui s'étend, selon les choix nationaux, aux secteurs de l'eau, de l'audiovisuel, du cinéma ou enfin, de la propriété intellectuelle.

Conclusion de l'Introduction et annonce du plan

Tant l'intérêt de la recherche que les bornes de celle-ci ont été successivement explorés et décrits.

La notion de contentieux, que l'histoire constitutionnelle de la France et du Royaume-Uni s'est attachée à assimiler à la fonction juridictionnelle, a rendu pendant longtemps impensable l'existence d'une fonction contentieuse appartenant en propre à l'Administration. Ceci se traduit encore aujourd'hui par des assimilations malheureuses ou le recours à de faux concepts construits à partir de l'adverbe « quasi » (quasi juridictionnel par exemple). Il s'agit bien, conceptuellement, d'un chemin qui ne mène nulle part⁴¹⁸. Le recours au terme « quasi » ne permet pas de penser l'autonomie et la spécificité de la fonction contentieuse de l'Administration et singulièrement de celle des autorités de régulation.

Définie comme cette fonction particulière qui vise à surmonter les oppositions à la bonne exécution du droit, la fonction contentieuse se déploie bien, tant dans le champ juridictionnel que dans le champ administratif. À cet égard, nous avons aussi précisé que c'est essentiellement le sens de fonction-objet de la notion de fonction que nous adopterons. Il s'agira bien d'étudier les actes des autorités de régulation, le produit juridique de cette fonction contentieuse.

C'est ensuite à une délimitation de la notion d'autorité de régulation que nous nous sommes attachés. Après avoir considéré les différentes propositions doctrinales pouvant permettre d'élaborer cette catégorie nous nous sommes attachés à la définir en recourant à une méthode en deux temps. C'est d'abord en partant du droit positif européen que nous avons tenté de dégager les critères de la notion d'autorité de régulation. À partir de cette définition, et du constat que ces critères pouvaient se retrouver en droit interne, nous avons agrégé à cette notion les institutions qui, sans pourtant procéder d'une exigence du droit de l'Union européenne, présentent néanmoins les mêmes caractéristiques.

⁴¹⁸ Pour reprendre le titre de l'ouvrage de Martin Heidegger (Chemins qui ne mènent nulle part, Gallimard, Coll. Classiques de la philosophie, 1962).

Arrivé au terme de l'introduction, le champ de recherche précis que nous nous proposons d'explorer correspond donc aux actes produits dans l'exercice d'une fonction contentieuse (règlement des différends, injonction, sanction, mesure conservatoire), des autorités sectorielles (énergie, communications électroniques, chemin de fer, aéronautique, poste, audiovisuel, eau, cinéma, propriété intellectuelle).

Cette étude prendra comme point d'appui la comparaison de cette fonction contentieuse dans les deux pays, comparaison qui permettra de révéler les évolutions, les conceptions communes ainsi que les profondes différences.

Et c'est en deux moments que nous établirons cette comparaison.

D'une part, il faudra procéder à une identification précise de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Cette entreprise nous amènera à nous interroger sur les raisons d'être, l'émergence progressive dans le droit de ces nouveaux pouvoirs de part et d'autre de la Manche pour mener ultérieurement une détermination précise des actes contentieux et de la mission particulière qu'ils remplissent. Cette première partie nous permettra de manifester les évolutions et les évolutions communes de la fonction contentieuse (Première partie).

D'autre part, nous étudierons la mise en œuvre de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Il s'agira, à ce stade, de comparer les régimes des différents actes identifiés préalablement. La comparaison nous amènera à essayer de comprendre les différences pour mieux appréhender les spécificités tant, de manière générale, des droits administratifs anglais et français que, du droit applicable à ces autorités. L'étude nous amènera à manifester l'existence de deux modèles : alors que la mise en œuvre de la fonction contentieuse devant les autorités sectorielles est d'influence nettement managériale au Royaume-Uni, elle tend à la vers un modèle juridictionnel en France. Enfin, c'est au contrôle de cette fonction contentieuse qu'il faudra s'attacher, ce qui nous amènera à constater aussi les différents systèmes mis en place qui ne peuvent se comprendre que dans le cadre des traditions administratives qui caractérisent chaque pays.

*

Première Partie : L'identification de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Deuxième Partie : La mise en œuvre de la fonction contentieuse des autorités de régulation

PREMIÈRE PARTIE

L'IDENTIFICATION DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

90. La fonction contentieuse des autorités de régulation se présente, en droit administratif comparé, sous les traits de la complexité. L'empilement, l'enchevêtrement normatif qui caractérise les sociétés contemporaines, s'ajoute à l'analyse comparée d'une fonction elle-même diverse, disparate, bigarrée et, qui plus est, très technique. Si le rôle de la doctrine est bien d'ordonner le chaos, ce rôle se justifie d'autant plus lorsqu'il s'agit de tenter de systématiser des fonctions que l'on réduit par trop à des dispositions éparées, qu'il faudra pourtant réunir en autant d'actes, afin de comprendre le rôle qu'ils peuvent être amenés à jouer dans l'ordonnancement juridique.

Le chemin qui doit mener à l'identification progressive de la fonction contentieuse des autorités de régulation imposera de poser plusieurs jalons. L'identité d'un phénomène, c'est ce qui en constitue l'unité profonde. Cette unité peut se manifester de deux manières.

91. Elle découle d'une part des justifications avancées dans l'attribution d'une fonction contentieuse à ces autorités. Les raisons multiples qui expliquent l'attribution de ces pouvoirs ne sont pas homogènes, aussi l'analyse doit-elle décliner ces raisons en fonction du pouvoir considéré (pouvoir de règlement des différends ou pouvoir coercitif). Ces raisons sont au total de deux types : conjoncturelles, elles imposent de regarder aux motivations des législateurs internes et européen ; structurelles, elles requièrent l'analyse précise du droit pour comprendre comment ces nouveaux pouvoirs s'insèrent dans le cadre des limites des modes d'exécution existants. Le pouvoir de règlement des différends est à cet égard exemplaire : d'origine obscure, il ne peut être compris qu'à partir d'une réflexion sur le droit des obligations et le droit des biens anglais et français, le droit de la concurrence ainsi que d'une étude de l'influence de l'analyse économique du droit. Ces motifs, tant conjoncturels que structurels ont rencontré l'approbation des juges qui ont entouré d'un grand silence (moins sourd en France) l'émergence et le développement de cette fonction contentieuse (Titre I).

92. D'autre part, cette unité résulte du contenu même de cette fonction dont il faut, dans un second mouvement, identifier précisément les contours. C'est la notion de fonction elle-même qui permet de fixer, de déterminer ce contenu à partir de ses deux sens, son objet tout d'abord, et sa fin ensuite. La détermination des actes, produits de cette fonction contentieuse permettra de systématiser la notion, fuyante, de règlement des différends, ainsi que d'établir l'existence et les déclinaisons de la fonction coercitive de ces autorités. Si, on le verra, les actes émis dans l'exercice de cette fonction contentieuse manifestent une diversité notable, particulièrement entre l'acte de règlement des différends et les décisions manifestant l'emploi de la coercition, ceux-ci n'en poursuivent pas moins le même but, l'accomplissement de la mission particulière de ces autorités, une mission de régulation (Titre II).

*

Titre I – Justification de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Titre II – Détermination de la fonction contentieuse des autorités de régulation

TITRE I JUSTIFICATIONS DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

93. L'unité d'une notion est d'abord constituée à partir de ses motifs, de ses fondements ; ensuite, de la légitimité que la sanction juridictionnelle est venue lui apporter. La justification de la fonction contentieuse des autorités de régulation impose d'analyser la manière dont cette fonction s'est peu à peu acclimatée à un environnement juridique qui lui était *a priori* défavorable, tant du point de vue des législateurs, gardiens traditionnels des libertés publiques, que des juges. C'est par conséquent en deux temps qu'il faudra étudier cette évolution.

94. En premier lieu, il faudra regarder du côté des législateurs tant nationaux qu'eupéen pour expliquer leurs motivations. Quels motifs les ont incités pour recourir à ce type de pouvoirs ? L'étude de l'intention immédiate des législateurs sera complétée d'une analyse dont l'objectif sera de montrer que l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation s'explique par les limites des voies de droit existantes tant de droit privé que de droit public (Sous-Titre I).

95. En second lieu, l'examen de l'attitude des juges face à l'émergence de la fonction contentieuse des autorités de régulation met en évidence un paradoxe. Alors que, tant en France qu'au Royaume-Uni, les traditions juridiques de ces pays s'opposaient en théorie à l'attribution de cette fonction contentieuse, les juges, particulièrement dans le système de *common law*, n'ont pas mis de barrières au principe de cette attribution. Le cas du Royaume-Uni, pays précoce dans l'affirmation et la défense des libertés publiques, se distingue à cet égard nettement de la France : les juges anglais n'ont pas, par légicentrisme, posé de barrières à leur éviction de la scène contentieuse. Aussi, plus précoce dans l'attribution d'une fonction de règlement des différends à l'Administration, ce pays connaît, depuis les années 2000, un essor important et non maîtrisé de la répression administrative que les juges n'ont pu contrôler que grâce à l'intervention de la loi sur les droits de l'homme de 1998, droit venu d'ailleurs, pour reprendre l'expression de René Chapus (Sous-Titre II).

*

Sous-titre I – Les motivations multiples des législateurs

Sous-titre II – L'encadrement différencié par les juges

SOUS-TITRE I — LES MOTIVATIONS MULTIPLES DES LÉGISLATEURS

96. Afin de dégager l'intention réelle des législateurs, il faut s'interroger tant sur les motifs conjoncturels, l'intention immédiate des législateurs, que sur les raisons de fond, proprement juridiques, et souvent non dites, qui sont à l'origine de ces nouveaux pouvoirs. Aussi, l'étude des motivations de tous ordres des législateurs doit-elle être menée en deux temps.

97. D'une part, l'étude des textes met en évidence des motifs immédiats, pragmatiques, conjoncturels. Ces motifs doivent être analysés pour comprendre les raisons premières qui ont présidé à l'élaboration et à la consécration ultime de la fonction contentieuse des autorités de régulation (Chapitre I). Cette étude sera ainsi l'occasion d'examiner les sources de ces pouvoirs, mais aussi, et surtout, leur évolution, car c'est à partir d'une analyse historique qu'on tentera de comprendre ceux-ci. L'analyse historique nécessitera au préalable de dresser le tableau jurisprudentiel comparé des pouvoirs contentieux qui sont traditionnellement accordés à l'Administration. Ce point de départ permettra de manifester, de mettre en relief les déplacements, les innovations consacrés par les parlements anglais et français.

98. D'autre part, il s'agira de comprendre, de manière cette fois synchronique, les motifs profonds, structurels permettant de comprendre l'essor de cette nouvelle fonction juridique (Chapitre II). Les deux facettes de la fonction contentieuse des autorités de régulation apparaissent en effet comme des substituts aux fonctions du juge civil, ainsi qu'à celles du juge pénal. L'éviction du juge de la scène contentieuse, éviction manifeste tant en France qu'au Royaume-Uni, n'est pas anodine ; elle exprime les limites des droits traditionnels face à l'exigence d'efficacité des marchés et les insuffisances des institutions traditionnelles dans l'exécution de ce droit.

*

Chapitre I – Les motifs conjoncturels

Chapitre II – Les motifs structurels

CHAPITRE I — LES MOTIFS CONJONCTURELS

99. Il s'agira ici de suivre pas à pas l'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation en France, au Royaume-Uni et la manière dont le droit de l'Union européenne a pris progressivement le relais des législateurs internes, au point de devenir aujourd'hui la principale source de ces pouvoirs.

100. La création, l'élaboration progressive de la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans les années 1980 doivent être contrastées avec les pouvoirs contentieux que la jurisprudence accorde à l'Administration. Ce point de départ permettra de comprendre comment les législateurs, se conformant au départ à ce modèle, s'en départissent peu à peu, répondant ainsi aux exigences de l'efficacité (Section 1). À cette phase succède une période de consécration : les sources s'élèvent dans la hiérarchie des normes et dépassent largement le cadre national. Le droit international, le droit de l'Union européenne prennent la suite des tentatives internes et deviennent un fondement important de ces pouvoirs (Section 2). Cette évolution amène à se demander si l'avenir de cette fonction — certains indices permettent en tout cas de le penser — n'est pas international.

*

Section 1 – L'élaboration de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Section 2 – La consécration de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Section 1 — *L'élaboration de la fonction contentieuse des autorités de régulation*

L'explication de l'émergence de la fonction contentieuse des autorités de régulation s'explique par plusieurs éléments.

Les législateurs nationaux, anglais et français, ont manifesté une claire volonté d'ouvrir à la concurrence le secteur des services publics en réseau (§1). Dans chaque pays, c'est le secteur de l'audiovisuel qui a ouvert la voie. Cette ouverture s'est accompagnée d'un choix original, celui de confier la surveillance du secteur à une autorité administrative spécialisée et indépendante dotée, qui plus est, d'une fonction contentieuse (§2).

*

§1 — La volonté initiale d'ouvrir le secteur des services publics en réseau à la concurrence

§2 — Le choix subséquent d'un mode de contrôle original de ces secteurs

*

§ 1 — La volonté initiale d'ouvrir les services publics en réseau à la concurrence

101. C'est au Royaume-Uni que la volonté d'ouvrir l'exploitation des services publics en réseau à la concurrence s'est le premier fait sentir. Il est préférable d'utiliser l'expression « ouvrir à la concurrence » plutôt que celle, plus répandue, mais moins exacte, de libéralisation ou de déréglementation.

102. Le terme libéralisation n'est pas exact juridiquement, car dans les deux pays, les réformes se sont traduites par l'instauration d'un régime d'autorisation préalable. Aussi, même si certaines lois, pour des raisons d'affichage, affirment désormais que la liberté prime dans certains secteurs, ces formulations ne peuvent, juridiquement, faire illusion. Le Parlement de Westminster est à cet égard plus cohérent, affirmant bien que les activités en question sont interdites⁴¹⁹. Le terme libéralisation dans les secteurs étudiés doit donc être proscrit, car, comme le dit très nettement le Conseil constitutionnel en France « Considérant, au demeurant, que les articles 11, 12 et 14 de la loi déferée soumettent l'organisation en ligne de la prise de paris hippiques, sportifs ou de jeux de cercle à un régime d'agrément préalable ; qu'ainsi, en tout état de cause, le grief tiré de ce que la loi déferée aurait « libéralisé » les jeux en ligne doit être écarté »⁴²⁰.

103. De même le terme déréglementation est trompeur, car en réalité la mise en place des réformes s'est traduite par une explosion de la réglementation. Ce terme est utilisé bien souvent pour traduire l'expression anglaise « *deregulation* » qui ne peut être appliquée, en toute rigueur, qu'au phénomène d'abolition des régimes de police administrative spéciale, comme, par exemple, l'abolition de la police des prix réalisée par l'ordonnance de 1986 en France ou dans des secteurs limités comme l'aéronautique aux États-Unis. Dans tous les domaines à l'étude, c'est au contraire un régime d'autorisation préalable qui est mis en place, il n'y a donc pas, juridiquement, de déréglementation.

L'étude de l'ouverture à la concurrence des secteurs des services publics en réseau implique de comprendre au préalable les raisons qui avaient poussé les législateurs tant en France qu'au Royaume-Uni à recourir à la nationalisation de ces secteurs (I) avant d'analyser les motifs de ce revirement (II). Le fil rouge de cette analyse est la tension entre le principe de liberté qui gouverne en général les relations économiques, la concurrence et l'importance des services publics en réseau pour le progrès social.

*

I – Les raisons des nationalisations

II – Les causes du revirement

*

⁴¹⁹ Toutes les lois à l'étude commencent par affirmer que l'activité en question est interdite et que constituera, en conséquence, une infraction le fait de l'exercer sans avoir au préalable obtenu l'autorisation de l'Administration.

⁴²⁰ V. Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605 DC, cons. 8 (J.O.R.F., 13 mai 2010, p. 8897).

104. La France et le Royaume-Uni ont connu un large mouvement de nationalisation des services publics en réseau, quand ceux-ci n'étaient pas déjà exploités en monopole pour des raisons de police ou de fiscalité⁴²¹. Comment expliquer un phénomène si général et, qui plus est, systématique ? La doctrine ne manque pas d'avancer des raisons idéologiques sur lesquelles il est inutile d'insister : d'une part, elles ont été abondamment exposées⁴²² et reposent d'ailleurs sur les programmes tant du parti travailliste⁴²³ que du Conseil national de la résistance⁴²⁴ ; ensuite, ces raisons ne permettent pas de comprendre les problèmes juridiques concrets que posent les industries en réseau et qui expliquent l'appropriation publique presque générale de ces secteurs.

105. Il apparaît plus profondément que ces industries mettent les pouvoirs publics face à des problèmes juridiques concrets. En régime de liberté, qu'il faut entendre comme liberté de la concurrence, les secteurs qui présentent des effets de réseau connaissent des difficultés qui nécessitent une intervention correctrice de la puissance publique. Un autre élément a, de surcroît, contribué à l'appropriation publique de ces secteurs : ces industries ont, dès le départ, une importance telle qu'elles ont un rôle de politique publique à jouer. C'est pourquoi ces secteurs en raison de leur importance ont été au centre tant des nationalisations que des politiques d'ouverture à la concurrence.

⁴²¹ Avant l'essor du capitalisme au XIX^e siècle, ce sont essentiellement deux motifs qui expliquent l'appropriation par l'État d'une activité économique : un but de police et un but fiscal. Le premier motif d'appropriation par l'État d'une activité économique dans le domaine des réseaux est un motif de police, plus exactement de sécurité. On peut en trouver un exemple en France avec le télégraphe. La loi du 2 mai 1837 qui confie le monopole des communications par télégraphe à l'État, s'explique par la volonté de la monarchie de Juillet de rétablir l'ordre après les débordements du début des années 1830, de « maintenir l'ordre établi et de fournir dans ce but à la police les moyens nécessaires dans sa lutte contre "les fauteurs de troubles" ». Le second motif justifiant l'appropriation publique de certains secteurs en réseau est un motif fiscal. L'exploitation étatique de La Poste en France date de la Révolution française. Sous l'Ancien Régime en effet « l'exploitation des activités postales fut (...) confiée à des gestionnaires privés ». Grégoire Calley explique ainsi l'appropriation publique que réalisa la Révolution par un double motif : un but fiscal, capter des ressources pour l'État et un but social, assurer la desserte du courrier sur l'ensemble du territoire, car l'ancien système avait laissé de côté les campagnes. Le but de police n'est pas non plus absent du secteur postal. Le monopole étatique permet de contrôler les communications des sujets. Ce constat est dressé aussi bien pour le Royaume-Uni que pour la France où le statut définitif du service postal sera fixé sous le Consulat. Mais, plus fondamentalement, l'intervention de l'État se justifie par l'inadéquation des résultats à laquelle parvient le régime de liberté aux objectifs de politique publique que l'industrie porte en elle.

⁴²² V. notamment La nationalisation de l'électricité en France : nécessité technique ou logique politique ? actes du 11^e Colloque de l'AHEF, 3-5 avril 1996, éd. par L. Babel, Paris, Association pour l'histoire de l'électricité en France, coll. Histoire de l'électricité, 1997 ; « L'idée de nationalisation en France de 1840 à 1914 », in Administration et contrôle de l'économie : 1800-1914, Genève, Droz, 1985, pp. 1-46 ; Les Nationalisations d'Après-Guerre en Europe Occidentale, Le mouvement social, n° 134, Jan. - Mar. 1986 ; C. Andrieu, A. Prost, Les nationalisations de la Libération. De l'utopie au compromis, Presses de Sciences Po, 1987.

⁴²³ V. l'article 4 de la Constitution du Labour de 1918 : « To secure for the producers by hand and by brain, the full fruits of their industry and the more equitable distribution thereof that may be possible, upon the basis of the common ownership of the means of production and the best obtainable system of popular administration and conduct of each industry and service ». V. aussi H. Morrison, Government and Parliament: a survey from the inside, London, Oxford University Press, 3rd ed., 1964, spec. chap. 12.

⁴²⁴ Le projet de nationalisation est inscrit dans le programme du Conseil national de la Résistance sous la pression de la S.F.I.O. le 15 mars 1944.

106. C'est l'échec du régime de liberté à atteindre le niveau de qualité escompté du service qui explique largement les nationalisations. Par régime de liberté, il faut entendre le régime de liberté présidant aux rapports entre concurrents. Aussi, après avoir montré que les motifs des nationalisations résident d'abord dans le fait que le régime de liberté n'a pas permis d'atteindre les objectifs de politique publique que l'on attendait de ces secteurs (A), faudra-t-il analyser l'échec des alternatives à la nationalisation (B).

A — *Les industries en réseau face au régime de liberté*

107. Le Programme commun de la Résistance, qui prépare les nationalisations en France, est certes inspiré par des motifs idéologiques. Toutefois, on perçoit aussi que les nationalisations sont une réponse à des problèmes juridiques concrets. Le problème, auquel aucune réponse juridique satisfaisante n'a été apportée, est le problème du monopole, qui est une caractéristique essentielle des industries en réseau — mais qui n'est un problème qu'en raison des caractéristiques du droit de propriété et de la liberté contractuelle. Le Rapport sur la politique économique d'après-guerre l'exprime ainsi : « L'équilibre économique ne sera, en effet, rétabli, que si les prix cessent d'être falsifiés par l'action des monopoles »⁴²⁵. Le rapport Courtin rechercha « les critères des nationalisations à effectuer dans les conditions du marché [...] une entreprise nationalisée devait fonctionner dans le cadre des règles commerciales courantes »⁴²⁶. Ce critère de la nationalisation devient, dans le programme du Conseil national de la Résistance, justement la « situation de monopole de droit ou de fait »⁴²⁷. Les monopoles de droit sont, pour les auteurs du Programme, les concessions de service public « insuffisamment contrôlées » qui comprennent les chemins de fer, l'eau, le gaz, l'électricité. Dans l'esprit du Conseil, c'est bien le degré de concurrence possible qui constitue le critère de la nationalisation puisque, concernant les « industries clés » comme la boulangerie, il n'est pas nécessaire de procéder à la nationalisation, car, dans ce secteur, « la concurrence peut jouer pleinement »⁴²⁸. Ces considérations sont, somme toute, assez pragmatiques et s'éloignent d'ailleurs du programme du Parti communiste qui justifie la nationalisation en se référant aux « trusts félons » qui ont trahi la France⁴²⁹.

⁴²⁵ Rapport sur la politique économique d'après-guerre, p. 11, cité dans C. Andrieu, *Le programme commun de la Résistance : des idées dans la guerre*, Paris, Éd. de l'Érudit, 1984, p. 45.

⁴²⁶ V. R. F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France : modernisation et dirigisme au XXe siècle*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1984, p. 289.

⁴²⁷ V. C. Andrieu, *Le programme commun de la Résistance : des idées dans la guerre*, préc., p. 46. Cette partie du programme du Conseil national de la Résistance aurait été rédigée par un juriste, P.-H. Teitgen (V. R. Hostache, *Le Conseil national de la Résistance : les institutions de la clandestinité*, Paris, P.U.F., Coll. Esprit de la Résistance, 1958, p. 206).

⁴²⁸ Il est d'ailleurs piquant de lire les critiques que ce projet a pu susciter, qui montrent bien que, dans l'esprit de l'époque la nationalisation n'est pas vue uniquement comme un procédé socialiste, mais bien plutôt comme un procédé libéral : au Commissariat à l'Intérieur à Alger, le rapport est considéré comme « un timide effort de replâtrage du passé » aux idées inspirées par le « libéralisme classique de Sciences-Po » (V. C. Andrieu, *Le programme commun de la Résistance : des idées dans la guerre*, préc., p. 49).

⁴²⁹ Le P.C.F. n'a pas toujours été favorable aux nationalisations et ne s'est rallié que tardivement à cette idée. « De 1920 à 1936, le P.C.F. rejetait les nationalisations » et ne se rallia à l'idée de nationaliser les « monopoles de fait » qu'en 1937. Pour M. Thorez à l'époque ces secteurs sont chemins de fer, mines, électricité, assurances). Le parti communiste n'est acquis définitivement à l'idée de nationalisation que pendant la guerre et certainement dans l'idée d'exproprier les « traîtres ».

De même au Royaume-Uni, pour Herbert Stanley Morrison, la propriété publique des entreprises en monopole naturel est un moyen pour contrôler efficacement ces secteurs et, surtout, de s'assurer que ces entreprises opèrent bien dans l'intérêt public⁴³⁰.

Les raisons qui ont poussé aux nationalisations dans les deux pays sont donc liées aux insuffisances du régime de liberté qui aboutit, dans bien des cas, au monopole, en tout cas, à des situations insatisfaisantes au regard de l'intérêt public que présentent ces secteurs. En régime de liberté, la concurrence peut être, selon les secteurs, destructrice (1), simplement indésirable (2), ou encore inadaptée (3).

1 — En régime de liberté, la concurrence peut être destructrice

Il est possible de trouver maints exemples des problèmes de fonctionnement de ces secteurs. Le secteur de l'aviation en fournit une illustration frappante puisque l'on passe ici successivement d'un régime de liberté à un régime d'autorisation, justement pour contrôler l'intensité de la concurrence.

108. L'histoire de l'aviation au Royaume-Uni commença par un essor de l'initiative privée, mais fortement soutenue par le gouvernement qui n'hésita pas à subventionner largement cette industrie afin de la rendre profitable⁴³¹. Cette politique permit à un petit nombre d'opérateurs de se développer⁴³². Ce soutien financier avait notamment pour objectif de développer les relations du Royaume-Uni à ses colonies⁴³³ et c'est pourquoi, dans un souci de cohérence et de concentration des moyens, le gouvernement décida de regrouper les opérateurs bénéficiant des subventions dans une seule compagnie, Imperial Airways. À cette occasion, plusieurs solutions avaient été envisagées dans le rapport Weir : une exploitation en régie par l'État, la constitution d'une entreprise sous charte⁴³⁴ et dotée de capitaux publics et privés ou enfin la constitution d'une entreprise privée subventionnée par l'État⁴³⁵. C'est cette dernière solution qui fut privilégiée par le rapport et qui fut suivie par le gouvernement.

109. Ce même comité recommanda néanmoins fermement l'intervention de l'État pour fournir la police de l'air, mais aussi pour développer et posséder les aéroports. Plusieurs arguments sont avancés pour justifier le monopole de l'État sur les aéroports. D'une part, lorsque les compagnies aériennes seront devenues profitables les taxes que l'État prélèvera sur les aéroports lui permettront de récupérer ses dépenses. D'autre part, le comité considéra

⁴³⁰ V. H. Morrison, *Government and Parliament : a survey from the inside*, préc., spéc. chap. 12.

⁴³¹ Les subventions étaient à cette époque le seul moyen pour rendre ces entreprises profitables (V. *Report on Imperial Air Routes by the Advisory Committee on Civil Aviation* présidé par W. D. Weir, 1919, Cmd. 449, p. 4).

⁴³² V. R. Baldwin, *Regulating the airlines : administrative justice and agency discretion*, Oxford, Clarendon, 1985, p. 15 suiv..

⁴³³ Le développement de ces relations était, à l'époque, davantage motivée par le besoin de transporter le courrier que les voyageurs (Rapport Weir préc., p. 5).

⁴³⁴ En droit anglais, la charte est un mode d'*incorporation*, qui est l'acte par lequel une association d'individus obtient la personnalité morale, personnalité distincte de ses membres. Les modes d'*incorporation* en droit anglais des sociétés sont d'abord l'enregistrement qui est régi par le Companies Act de 1985, mais aussi la charte royale (royal charter) et un projet de loi d'intérêt privé (private bill) du Parlement. L'équivalent en France de l'*incorporation* est l'immatriculation. La charte est l'octroi par la puissance publique (autrefois le souverain) de la personnalité morale à une municipalité, une université ou une entreprise et qui définit ses droits et privilèges (Voir "Charter n.", *The Oxford Dictionary of English* (revised edition), Ed. C. Soanes et A. Stevenson, OUP, 2005 et "Company n." *Oxford Dictionary of Law*, Ed. E. A. Martin et J. Law, OUP, 2006).

⁴³⁵ V. Rapport Weir précité, p. 4.

surtout que le monopole de l'État sur les aéroports empêchera les compagnies d'abuser de leur monopole⁴³⁶. Le gouvernement de l'époque est donc conscient des problèmes que l'existence d'un réseau fait peser sur la concurrence. À côté d'Imperial Airways se constitua en 1935 British Airways, subventionnée elle aussi, mais dont la compétence était limitée à l'Europe. Le gouvernement disposait donc au milieu des années trente de deux instruments pour relayer sa politique dans le domaine aérien, deux entreprises privées, subventionnées et ne se faisant pas concurrence. À côté de ces deux compagnies, l'initiative privée se développa sur les lignes intérieures, mais de façon par trop anarchique si bien que le comité Maybury⁴³⁷ recommanda une intervention de l'État pour limiter la concurrence. Les entreprises opérant sur ce segment étaient en effet trop nombreuses et peu rentables.

110. L'intervention de l'État fut donc justifiée à cette époque par la nécessité de rendre ce marché profitable à long terme en limitant la concurrence⁴³⁸. L'outil juridique utilisé dans ce cas est l'autorisation administrative préalable qui permet à l'État de contrôler l'intensité de la concurrence. Ce rapport propose donc l'établissement d'une autorité chargée d'accorder ces licences. L'autorisation administrative préalable devient donc rapidement le droit commun de l'exercice de l'activité de transport aérien. Ces recommandations, reprises par le rapport du comité Cadman⁴³⁹, seront à l'origine de la création, en novembre 1938, du Air Transport Licensing Authority (A.T.L.A.)⁴⁴⁰, autorité chargée d'octroyer les licences ainsi que les subventions.

111. Cette histoire des débuts de l'essor de l'aviation au Royaume-Uni met en évidence la pluralité des motifs d'intervention de l'État dans le secteur. Indéniablement, l'État a voulu se servir de ce secteur comme instrument dans sa politique interne et coloniale. Ce motif politique a aussi rencontré des contraintes économiques : un développement désordonné du secteur en régime de liberté, mais aussi l'existence d'un monopole de fait au niveau de l'infrastructure aéroportuaire. Juridiquement, cette intervention s'est traduite par des nationalisations et la suppression du régime de liberté par l'autorisation administrative préalable.

112. De l'autre côté de la Manche, la nationalisation d'Air France peut aussi s'expliquer par une volonté de rationalisation et de réorganisation du secteur. Puisque la nationalisation du secteur aérien le 26 juin 1945 s'est accompagnée de la fusion des sociétés dans une seule entité, la Société Nationale Air France. Cette situation s'explique par l'importance du secteur pour l'armée et la police, mais aussi en raison des nécessités de la reconstruction après la

⁴³⁶ V. Rapport Weir précité, p. 5.

⁴³⁷ V. Report of Committee on the development of civil aviation in the United Kingdom présidé par H. P. Maybury, 1936-37, Cmd. 5351.

⁴³⁸ Ce rapport note en effet que : « *We are, however, forced to the conclusion that if air transport is to become fully self-supporting, it is a pre-requisite that cut-throat competition must be eliminated and that some measure of restriction must be applied to avoid indiscriminate multiplication of services* » (§125).

⁴³⁹ V. Report of Committee on the Development of Civil aviation in the United Kingdom présidé par J. Cadman, 1937-38, Cmd. 5685.

⁴⁴⁰ L'A.T.L.A. a été établie par le Air Navigation (Licensing of Public Transport) Order de 1938 (Statutory Rules & Orders 1938, n°613). Le système de subvention est détaillé dans ce rapport : Civil Air Transport Services: Internal Air Lines, Cmd 5894 (1938).

Deuxième Guerre mondiale⁴⁴¹. Nadège Chapier-Granier invoque le rôle des « habitudes françaises » pour rendre compte de la propriété publique des aéroports⁴⁴².

113. L'histoire des télécommunications au Royaume-Uni témoigne, elle aussi, de l'inefficacité du régime de totale liberté dans le domaine des services en réseau. La nationalisation progressive du télégraphe puis du téléphone s'explique en effet par l'incapacité de l'initiative privée à créer une situation satisfaisante. Le monopole de l'État sur le télégraphe fut acquis en 1868⁴⁴³ et 1869⁴⁴⁴. Le monopole sur le téléphone fut plus long à s'organiser en raison du refus du Trésor public de financer le rachat des compagnies privées. Les motifs de la nationalisation de ces secteurs sont les mêmes dans chaque cas. Pour le télégraphe, la nationalisation est intervenue à la fin des années 1860. La nationalisation des services télégraphiques en 1868-1869 s'explique par la volonté du gouvernement d'alors de rattraper le retard du pays dans ce domaine⁴⁴⁵. La nationalisation devait ainsi permettre le développement du secteur, mais aussi répondre à des problèmes pressants : des tarifs trop élevés, une mauvaise qualité du service (délais excessifs, messages délivrés inexacts) et l'absence de service dans certaines zones. Le monopole, par les économies d'échelle qu'il permet, devrait engendrer une réduction des tarifs et ainsi soutenir l'essor commercial du pays en offrant aux entreprises des moyens de communication leur permettant de mieux gérer leurs affaires⁴⁴⁶. Les motifs de la nationalisation du téléphone sont plus difficiles à percevoir clairement, car elle n'a pas fait l'objet d'une loi au Parlement de Westminster⁴⁴⁷. C'est une décision de la High Court qui a étendu le monopole du Post Office sur le télégraphe au téléphone⁴⁴⁸. L'acquisition des différentes compagnies privées ne fut complètement réalisée qu'en 1912. Il semble que dans ce cas aussi l'initiative privée ne parvenait pas à répondre à la demande publique, en raison d'un développement du secteur trop anarchique.

114. Enfin, le meilleur exemple de l'inefficacité de la concurrence dans le secteur des industries en réseau est le domaine des chemins de fer. Ce secteur est ainsi emblématique du caractère destructeur de la concurrence. Dans les Conférences sur l'administration et le droit administratif, Léon Aucoc met ainsi en évidence tant à partir de l'exemple anglais que de l'américain et du français, les effets négatifs de la concurrence dans ce secteur⁴⁴⁹. La nationalisation fut rendue nécessaire par les déficits récurrents des entreprises. En France

⁴⁴¹ V. N. Chapier-Granier, *Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché : aspects juridiques d'une mutation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pp. 52 et 53.

⁴⁴² V. N. Chapier-Granier, *Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché : aspects juridiques d'une mutation*, préc., p. 53.

⁴⁴³ Le Telegraph Act de 1868 (c. 110) procède à la nationalisation des opérateurs privés de télégraphie.

⁴⁴⁴ Le Telegraph Act de 1869 (c. 73) établit le monopole du Post Office sur les services télégraphiques. V. M. Thatcher, *The politics of telecommunications : national institutions, convergence, and change in Britain and France*, Oxford, Oxford University Press, 1999, spéc. pp. 32-33 ; H. Robinson, *The British Post Office: A history*, Princeton, Princeton University Press, 1948, pp. 406-409.

⁴⁴⁵ Dans les débats parlementaires, le Chancelier de l'Échiquier compara, pour justifier la politique du gouvernement, le développement du télégraphe au Royaume-Uni et en Belgique et en Suisse (V. HC Deb 01 April 1868 vol. 191, cc678-82, ici §679).

⁴⁴⁶ V. sur ce point HC Deb 09 June 1868 vol 192 cc1301-33, §1316.

⁴⁴⁷ V. C. R. Perry, « L'expérience britannique (1876-1912). Les années d'expectative », *Réseaux*, 1992, Vol. 10, n° 56, pp. 11 – 31 ; D. Geradin, M. Kerf, *Controlling market power in telecommunications: antitrust vs sector-specific regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 163-164 ; J. H. Robertson, *The story of the telephone: a history of the telecommunications industry of Britain*, Scientific Book Club, 1948.

⁴⁴⁸ *The Attorney-General v The Edison Telephone Company of London (Limited)* (1880-81) L.R. 6 Q.B.D. 244.

⁴⁴⁹ V. L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif : faites à l'École des ponts et chaussées*, 2^e éd., Dunod, 1878-82, tome 3, p. 269-270.

aussi les entreprises du secteur ferroviaire enregistraient des pertes importantes qui imposèrent l'intervention directe de l'État. Ainsi, la loi du 18 mai 1878 prévoit la création de l'« Administration des chemins de fer de l'État » pour exploiter les lignes non rentables. La situation financière désastreuse de nombreuses entreprises entraîne leur rachat progressif par l'État qui aboutit à la nationalisation totale du secteur en 1937⁴⁵⁰. À la Libération, c'est le besoin de coordination de l'ensemble des moyens de communication, mais aussi la volonté de protéger les chemins de fer de la concurrence de la route qui motiva la nationalisation⁴⁵¹.

Dans maints secteurs en réseau le régime de liberté de la concurrence a des effets destructeurs, lesquelles requièrent l'intervention de la puissance publique. La concurrence peut aussi, parfois, avoir un effet indésirable, en fonction du niveau de qualité du service que l'on souhaite.

2 — *En régime de liberté, la concurrence peut être indésirable*

Le secteur des médias offre ici un point de vue très instructif sur l'effet nocif que la concurrence peut avoir dans certains secteurs.

115. Ronald Coase a ainsi mis en évidence que le monopole de l'État au Royaume-Uni dans le secteur de la radiodiffusion fut justifié par trois types d'arguments : des arguments techniques et financiers et des arguments liés à la qualité des programmes⁴⁵². L'argument technique à l'origine de la première intervention de l'État est lié à la bonne gestion du spectre hertzien afin d'empêcher les interférences avec les systèmes de communication de l'armée, c'est pourquoi le Postmaster General se vit conférer, par le Wireless Telegraphy Act de 1904, le pouvoir d'allouer les autorisations pour exploiter un système de télégraphie sans fil⁴⁵³. Au départ, l'intervention de l'État est donc liée à des raisons techniques — raisons toujours présentes —, mais dans un contexte de montée des tensions en Europe où l'armée devait pouvoir maîtriser ce système de communication en cas de conflit.

116. Rapidement, une autre raison va venir s'ajouter. Le premier rapport parlementaire sur la radiodiffusion au Royaume-Uni, le rapport Sykes⁴⁵⁴, ne permet aucun doute sur la raison du monopole de l'État sur la radiodiffusion. Ce rapport ne s'interroge d'ailleurs pas sur l'opportunité, mais sur les modalités de ce contrôle. En témoigne ce passage : « il est clair que la radiodiffusion sera utilisée pour des affaires d'une importance publique considérable et, dans ces circonstances, non seulement la surveillance, dans l'intérêt public, de ce qui doit être diffusé, mais aussi l'exploitation en fait de ce service d'importance nationale, doivent être entre les mains du gouvernement plutôt que dans celles du privé »⁴⁵⁵. Ces considérations permettent de comprendre l'option du monopole d'État.

⁴⁵⁰ V. M. Durupt, *Les entreprises publiques*, tome 1, Paris, P.U.F., Coll. Thémis. Droit, 1986, pp. 31-33. V. aussi *Les nationalisations de la libération : de l'utopie au compromis*, sous la dir. de C. Andrieu, L. Le Van, A. Prost, Paris, Presses de la FNSP, 1987, pp. 46 à 51.

⁴⁵¹ V. W. A. Robson, *Nationalized industry and public ownership*, London, Allen & Unwin, 2nd ed., 1962, pp. 32-33.

⁴⁵² V. R. H. Coase, *British Broadcasting: a study in Monopoly*, London, Longmans, 1950, pp. 127 à 178.

⁴⁵³ V. Memorandum explanatory of the Wireless Telegraphy Bill, 1904.

⁴⁵⁴ V. Report of the Broadcasting Committee (Broadcasting), présidé par F. Sykes, 1923, Cmd. 1951.

⁴⁵⁵ Traduction de : « It seems clear that it will be utilised for matters of widespread public importance, and in these circumstances not only the regulation of what should, in the public interest, be broadcast, but also the

117. La justification du monopole d'État sur la radiodiffusion par l'intermédiaire de la British Broadcasting Corporation (B.B.C.) créée en 1926⁴⁵⁶, est explicitée dans le rapport Crawford⁴⁵⁷. L'exemple américain, de liberté sans contrôle, a servi de repoussoir pour rejeter fermement cette option. Ce rapport propose la création d'un établissement public, « administrateur de l'intérêt national » dont « le statut et les fonctions devront correspondre à ceux d'un service public »⁴⁵⁸. Le monopole est ainsi considéré à l'époque comme le seul moyen de maintenir un niveau élevé dans les programmes.

118. Le débat concurrence – monopole est récurrent tout au long de ces années et les commissions parlementaires successives continuent de s'interroger sur l'opportunité de l'intervention de l'État. Le rapport Beveridge est le premier rapport parlementaire qui examine scrupuleusement la question du monopole⁴⁵⁹ et surtout qui réfléchit aux alternatives possibles au monopole de la B.B.C.. Ce rapport se déclare, malgré toutes les critiques du monopole, qu'il prend soin d'examiner et de rejeter, en faveur de celui-ci. Pour quelle raison ? La raison déterminante, semble-t-il, est celle du contrôle. L'importance de cette industrie et son influence sur les esprits des citoyens imposent un contrôle public qu'il est plus facile d'exercer si celle-ci est en situation de monopole. La solution prônée par le rapport Beveridge est donc la mise en place d'outils juridiques de surveillance et non l'ouverture à la concurrence de ce secteur essentiel : « Le danger d'une concurrence directe pour l'audience serait de diminuer la qualité de la radiodiffusion. Comme l'Université, la radiodiffusion doit être considérée comme un service public d'intérêt social et non comme un commerce de produit populaire »⁴⁶⁰.

119. En France, le monopole de l'État sur la télégraphie, qui date de 1851, est motivé par l'intérêt de la police. Il est étendu à la radio par l'article 85 de la loi de 1923⁴⁶¹. La situation

actual operation of so important a national service, should be in the hands of the Government rather than in private hands » (Rapport Sykes préc., p. 13, n° 25).

⁴⁵⁶ L'ancêtre de la B.B.C., la British Broadcasting Company fut créée en 1922 par les principaux constructeurs d'appareil de télégraphie sans fil. V. W. A. Robson, « The British Broadcasting Corporation » in *Public enterprise; developments in social ownership and control in Great Britain*, edited by W. A. Robson, London, G. Allen & Unwin, 1937, pp. 72-104.

⁴⁵⁷ V. Report of the Broadcasting Committee (Broadcasting) présidé par D. A. E. Lindsay, comte de Crawford, 1926, Cmd. 2599.

⁴⁵⁸ V. Rapport Crawford, préc., p. 14, n° 20 (a). Traduction de : « That the broadcasting service should be conducted by a public corporation acting as Trustee for the national interest, and that its status and duties should correspond with those of a public service ».

⁴⁵⁹ Le rapport Ullswater en 1935 ne remet pas en question le monopole de la B.B.C. et manifeste une grande satisfaction de l'arrangement mis en place en 1926. V. Report of the Broadcasting Committee, présidé par J. W. Lowther, Vicomte Ullswater, 1935-36, Cmd. 5091. V. aussi Report of the Broadcasting Committee, 1949, présidé par W. H. Beveridge, Session 1950-51, Cmd. 8116. La question du monopole est examinée pp. 151-180.

⁴⁶⁰ V. rapport Beveridge préc., p. 51, n° 205. Traduction de : « The danger of direct competition for listeners, is that of lowering the standards of broadcasting; like the work of the Universities, broadcasting should be regarded as a public service for a social purpose and not as the sale of a popular commodity ».

⁴⁶¹ V. La disposition consacrant le monopole de l'État est insérée dans la loi de finances du 30 juin 1923 dont l'exposé des motifs est très clair : « Cependant certains juristes ne partagent pas cette façon de voir ; confondant la "transmission", qui comporte bien cependant le transport d'un point à un autre, donc une arrivée et un départ, avec la seule "émission", les uns prétendent que la réception est absolument libre et échappe aux dispositions du décret-loi précité. D'autres, allant plus loin, font une distinction entre les signaux susceptibles de constituer une correspondance, c'est-à-dire se rapportant à des transmissions de nouvelles, relations d'affaires, etc., et les signaux radioélectriques émis sans intention de faire parvenir des messages, par exemple ceux effectués dans un but de réglage des appareils. Il est devenu indispensable de mettre fin à ce désaccord en précisant au plus tôt que la législation actuelle est applicable à tous les moyens offerts par la radioélectricité pour échanger des signaux à distance ». L'article 85 de cette loi dispose : « : Les dispositions du décret-loi du 27 décembre 1851 relatif au

de la radiodiffusion a provoqué de nombreux débats entre partisans de la liberté absolue et partisans du monopole⁴⁶². Le décret-loi de 1926 pose le principe du monopole d'État — solution promue par le ministère des Postes et des Télécommunications, mais permet la coexistence des réseaux publics et privés pendant cinq ans, à l'échéance desquels tous les postes reviendront à l'État. L'entre-deux-guerres est donc caractérisé par un régime mixte, une coexistence de radios privées et publiques ; ce qui fit d'ailleurs l'originalité de la situation française en Europe⁴⁶³. Le réseau privé de radio fonctionne sous un régime d'autorisation depuis 1923. C'est la guerre qui bouleversa le statut de la diffusion radiophonique en France. Le contrôle direct de la radio par l'État commença en 1939 avec le placement sous l'autorité du président du Conseil du service de la radiodiffusion. L'occupation se caractérisa par un renforcement du monopole⁴⁶⁴. À la Libération, l'ordonnance du 23 mars 1945 confirmera et renforcera ce monopole en supprimant toute possibilité d'exploiter des radios privées.

120. Les dirigeants de la France libre en 1944 vont rejeter ce modèle et Jean Guignebert rédigea en 1944 un rapport dénonçant les excès du système de la III^e République. Le gouvernement provisoire d'Alger prépare donc le regroupement des radios⁴⁶⁵. L'ordonnance du 4 février 1959 prévoit le monopole de la radiodiffusion à l'établissement public R.T.F. (Radio Télévision Française). Ici, c'est la volonté de maîtriser les moyens de diffusion et de faire de la radio la voix du pouvoir qui peut expliquer le choix français. Le statut de la télévision en France s'explique par la même volonté d'en faire aussi un « moyen de gouvernement »⁴⁶⁶. L'histoire de la radio et de la télévision montre donc que l'intervention de l'État en France s'explique par des raisons techniques (la gestion du spectre hertzien), mais aussi, et surtout politiques.

Au choix anglais guidé par la recherche de la qualité s'oppose le modèle français dans lequel la radiodiffusion sera largement utilisée à des fins de propagande.

Destructrice, indésirable, la concurrence apparaît aussi parfois comme inadaptée.

3 — *En régime de liberté, la concurrence est inadaptée*

121. Les nationalisations de l'après-guerre au Royaume-Uni, mises en œuvre par le parti travailliste, s'expliquent par des raisons idéologiques, mais aussi par des raisons pratiques. Dans le domaine du gaz par exemple, un rapport parlementaire⁴⁶⁷ qui conclut à la nécessité de la nationalisation relève que si la structure existante de l'industrie gazière est assez efficace, elle ne permettra néanmoins pas de répondre aux défis de l'avenir. La politique gouvernementale a cherché à regrouper les entreprises gazières existantes selon une logique géographique. Le regroupement de ces entreprises, en diminuant le nombre d'acteurs, permettrait ainsi de réduire les coûts de l'industrie et une meilleure organisation des moyens

monopole et à la police des lignes télégraphiques sont applicables à l'émission et à la réception des signaux radioélectriques de toute nature ».

⁴⁶² V. Histoire générale de la radio et de la télévision, préc., tome 1, p. 108 suiv..

⁴⁶³ Entre le modèle américain de liberté totale et le modèle anglais et allemand de monopole étatique : V. P. Miquel, Histoire de la radio et de la télévision, Paris, Richelieu, Coll. L'univers contemporain n° 8, 1973, pp. 28-32.

⁴⁶⁴ V. les lois du 1^{er} octobre 1941 et du 7 novembre 1942 confèrent à l'État le monopole de la radiodiffusion.

⁴⁶⁵ V. Ordonnance du 4 avril 1944 (J.O.R.F., n° 31 du 13 avril 1944, rectificatif n° 33 du 20 avril 1944)

⁴⁶⁶ V. Histoire générale de la radio et de la télévision, préc., tome 2, p. 97.

⁴⁶⁷ V. Report of the Committee of Enquiry on the Gas Industry, présidé par Geoffrey, Lord Heyworth, 1945-1946, Cmd. 6699, p. 39, § 227.

de production⁴⁶⁸. La nationalisation de l'électricité, dans le contexte de la reconstruction, s'explique par les mêmes arguments : la nécessité de l'organisation et de la concentration des moyens pour faire face aux défis de la reconstruction⁴⁶⁹. La réorganisation de cette industrie avait déjà été proposée en 1936 par la Commission McGowan.

122. La nationalisation de l'électricité en France date certes de la Libération, mais l'idée a germé dès les années 1930. Des prix trop élevés, un retard dans l'électrification des campagnes, un sous-investissement dans le réseau et la production hydroélectrique risquaient à terme de créer une situation de pénurie. Mais la nationalisation n'a pu intervenir qu'après la mise sous tutelle de l'industrie électrique par le régime de Vichy à travers les comités d'organisation. Il s'agissait aussi, à la Libération, de créer un grand réseau national interconnecté. L'interconnexion avait été largement poursuivie dans les années 1930 par les entreprises privées et elles en avaient vu tout l'intérêt⁴⁷⁰. Le but était bien de « rationaliser les exploitations issues des concessions, de créer un réseau aux caractéristiques techniques unifiées et de disposer de capitaux d'origine publique pour son développement »⁴⁷¹.

Le choix de la nationalisation dans le secteur des réseaux en France s'explique donc par les effets négatifs de tous ordres attachés au régime de libre concurrence, ainsi que par les échecs des alternatives à la nationalisation.

B — L'échec des alternatives à la nationalisation

123. Il faut noter par ailleurs l'échec des alternatives à la nationalisation. Au Royaume-Uni, Robert Millward⁴⁷² a montré que l'explication des nationalisations comporte trois niveaux. Fondamentalement, c'est l'existence du réseau qui permet d'expliquer l'intervention publique. L'existence d'un monopole naturel tient en échec le développement de la concurrence. Ce motif est présent aussi en France dans l'esprit du Conseil national de la Résistance⁴⁷³. Mais, à un deuxième niveau, la nationalisation n'est intervenue bien souvent qu'à la suite de l'échec des autres modes d'intervention et notamment de la réglementation de ces industries : c'est l'insuccès de ce mode d'intervention qui explique la nationalisation finale. La dernière explication réside dans la volonté de promouvoir une nouvelle politique à la Libération. La rationalisation et la réorganisation de ces secteurs n'ont pu se faire que par la nationalisation de l'ensemble du secteur. Michel Bon considère lui aussi que « les nationalisations obéissent à des considérations économiques (faillite des acteurs privés, ou

⁴⁶⁸ V. W. A. Robson, *Nationalized industry and public ownership*, London, Allen & Unwin, 2nd ed., 1962, pp. 34-35.

⁴⁶⁹ V. W. A. Robson, *Nationalized industry and public ownership*, préc., pp. 36-37.

⁴⁷⁰ V. La nationalisation de l'électricité en France : nécessité technique ou logique politique ?, Paris, Association pour l'histoire de l'électricité en France, 1996, pp. 9-12.

⁴⁷¹ V. A. Delion, *Droit des entreprises et participations publiques*, Paris, LGDJ, Collection Systèmes. Finances publiques, 2003, p. 16.

⁴⁷² V. R. Millward, « The 1940s nationalizations in Britain: means to an end or the means of production? », *Economic History Review*, 2 (1997), pp. 209-234, spéc. pp. 212 et 215 et 220. V. aussi M. Bon, « Nationalisations et dénationalisations en France et en Grande-Bretagne : expériences comparées », *Entreprises et histoire*, 2004/3, Vol. 37, pp. 135 à 166.

⁴⁷³ V. un rapport du C.N.E. qui affirme « Le critère de nationalisation est la situation de monopole de droit ou de fait. Les monopoles de droit sont les concessions de services publics insuffisamment contrôlés. Aucune question de principe ne saurait donc se poser pour les chemins de fer, l'eau, le gaz et l'électricité ». V. S. Duroy, *La distribution d'eau potable en France : contribution à l'étude d'un service public local*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, tome 177, 1996, p. 144, n°230.

incapacités de ceux-ci à étendre les infrastructures autant que souhaité par les États) ou économico-politiques (il n'est pas sain que des monopoles naturels soient entre des mains privées, d'une part ; il est important d'intervenir dans le développement des grandes infrastructures d'autre part) »⁴⁷⁴.

124. En France comme au Royaume-Uni, le secteur des services publics en réseau est donc caractérisé par l'existence de monopoles publics qui résultent certes, de problèmes conjoncturels que les guerres qui ont déchiré l'Europe ont générés, mais aussi de problèmes plus structurels liés à la difficulté de gérer les effets négatifs de la concurrence dans ces secteurs. Aussi, la concurrence sera-t-elle progressivement éliminée. L'exploitation des services publics en réseau en monopole devient ainsi le droit commun dans nombre de pays. Au monopole, s'ajoute en Europe la propriété publique. Cependant, tant la propriété publique de ces entreprises que leur gestion en monopole étaient amenées à connaître une remise en question.

II — Les causes du revirement : l'ouverture progressive à la concurrence des secteurs en réseau

L'ouverture à la concurrence des services publics en réseau date des années 1980 (B). Mais on peut en percevoir, au Royaume-Uni, les prémices de ce mouvement, dès les années 1950, et ce, dans deux secteurs, l'audiovisuel et le secteur aérien (A).

A — Les prémices de l'ouverture à la concurrence au Royaume-Uni : l'audiovisuel et le secteur aérien

L'audiovisuel (1) et le secteur aérien (2) sont les deux secteurs pionniers. Ils permettent de comprendre les logiques à l'œuvre dans les évolutions qui vont progressivement faire de la concurrence la règle d'organisation de l'ensemble des industries en réseau.

1 — L'audiovisuel : concilier qualité et concurrence

125. Le secteur de l'audiovisuel a connu une ouverture précoce à la concurrence. L'introduction de la concurrence dans le secteur de la radiodiffusion au Royaume-Uni date des années 1950. Malgré le succès et l'attachement des Anglais pour la B.B.C., l'introduction de la concurrence dans ce domaine devint pressante et plus forte encore que les nombreuses voix qui s'élevèrent alors pour éviter cette éventualité. La résistance s'organisa, craignant notamment l'afflux de programmes américains et les débats portèrent sur la question de la commercialité. Les pressions pour le changement s'exprimèrent dès 1949 dans le contexte du changement technologique qu'introduit la télévision ainsi que du développement des fréquences. C'est ainsi l'émergence de la télévision qui rend le monopole de la B.B.C. plus difficile à accepter. Le second gouvernement Churchill s'inquiéta en effet de l'influence de la

⁴⁷⁴ V. M. Bon, in « Nationalisations et dénationalisations en France et en Grande-Bretagne : expériences comparées », préc., p. 139. V. aussi M. Durupty, Les entreprises publiques, tome 1, qui met en avant le besoin de rattraper le retard de la France ; A. Delion, Droit des entreprises et participations publiques.

télévision sur l'esprit des citoyens ; cette influence ne pouvait ainsi rester dans les mains d'une seule institution⁴⁷⁵.

126. La question du monopole de la B.B.C. est discutée dans ce contexte par le rapport du Broadcasting Committee présidé par Lord Beveridge⁴⁷⁶. Ce rapport consacra pour la première fois à cette question une attention particulière⁴⁷⁷. Le monopole était considéré comme le seul moyen de maintenir un niveau élevé de qualité des programmes diffusés et c'est pourquoi le rapport Beveridge reconnaît la nécessité de contrôler la concurrence qui ne doit pas s'exercer au niveau de l'audience⁴⁷⁸. Mais en même temps, ce rapport établit clairement que l'alternative au monopole n'est pas la concurrence effrénée. C'est dans ce cadre — rejet du monopole et de la concurrence — que naît l'idée de constituer une autorité de surveillance, proposition reprise aussitôt par le gouvernement Atlee⁴⁷⁹ mais qui ne sera concrétisée qu'en 1953 par le gouvernement Eden⁴⁸⁰. L'autorité — la future Independent Television Authority (I.T.A.) — sera créée sous la forme d'un établissement public, propriétaire des stations de transmission, qui louerait ses équipements à des fournisseurs privés de programmes. C'est cet organisme qui contrôlera l'essor de la télévision indépendante au Royaume-Uni. Le choix, original par rapport aux modèles d'autorités qui suivront, de coupler dans la même instance un rôle de contrôle et en même temps d'opérateur se justifiait aux yeux du gouvernement par son efficacité. Ce régulateur permettrait ainsi un contrôle adéquat des programmes là où un régulateur indépendant n'aurait comme sanction que le retrait de la licence⁴⁸¹. Cette instance surveillerait en effet les programmes à l'avance et après leur diffusion.

127. En 1972, la volonté du gouvernement conservateur d'Edward Heath d'ouvrir la radio à la concurrence entraîne l'extension des fonctions de l'Independent Television Authority à ce secteur par le Sound Broadcasting Act de 1972⁴⁸² et son changement de nom en Independent Broadcasting Authority (I.B.A.). Cette loi reprend et étend les obligations de l'Autorité en

⁴⁷⁵ V. Memorandum on television Policy, 1953-54, Cmd 9005, p. 3. Le monopole de la B.B.C. sur la radio avait déjà été critiqué dans les années 1920 et 1930. V. R. H. Coase, *British Broadcasting: a Study in Monopoly*, London, Longmans, 1950, pp. 127 à 178. Cet auteur montre que le monopole a été justifié au Royaume-Uni par deux arguments : des arguments techniques et financiers et des arguments liés à la qualité des programmes.

⁴⁷⁶ V. Report of the Broadcasting Committee, 1949, W. H. Beveridge, Session 1950-51, Cmd. 8116. V. B. Sendall, *Independent television in Britain. Vol.1, Origin and foundation 1946-62*, London, Macmillan, 1982, pp. 3 à 11.

⁴⁷⁷ Le rapport Ullswater en 1935 ne s'intéresse pas à cette question. Report of the Broadcasting Committee, J. W. Lowther, 1st Viscount Ullswater, 1935-36, Cmd. 5091.

⁴⁷⁸ V. « We reject as a guiding principle in broadcasting competition for numbers of listeners » (Rapport Beveridge préc., p. 43, §167).

⁴⁷⁹ V. Memorandum on the Report of the Broadcasting Committee, 1949, Cmd. 8550, §9 : « It would be necessary to introduce safeguards against possible abuses, and a controlling body would be required for this purpose, for regulating the conduct of the new stations, for exercising a general oversight of the programmes and for advising on appropriate matters ».

⁴⁸⁰ V. Memorandum on Television Policy, 1953-54, Cmd. 9005, §7.

⁴⁸¹ V. « The combining of the Controlling Body with the ownership of the transmitting stations and other such fixed assets would in the opinion of Her Majesty's Government be the best means of ensuring adequate standards of taste, whereas under any other scheme these would have to be safeguarded by a Controlling Body (separate from the operator) whose only effective weapon would be the ultimate sanction of withdrawing the operator's licence. The corporation proposed by the Government would have a flexible control over the programme companies, whose contract could be the more easily modified or terminated since they would not have invested large sums in fixed assets which would be difficult to sell » (White Paper on Television Policy, Cmd. 9005, 1953, §9).

⁴⁸² V. article 31.

matière de contrôle du contenu des programmes et de la publicité concernant la télévision à la radio⁴⁸³.

2 — *L'aéronautique : instituer un tribunal pour maîtriser la concurrence*

128. Dans le domaine aéronautique aussi, les années 1950 vont être caractérisées par une ouverture à la concurrence et la création d'un organisme de contrôle. Les changements de majorité dans ces années amenèrent les dirigeants conservateurs à promouvoir la concurrence. Il existait à cette époque une instance, le Air Transport Advisory Council (A.T.A.C.)⁴⁸⁴ dont le rôle était limité au traitement des plaintes des consommateurs et à conseiller le ministre. Mais ce conseil n'était pas équipé pour relever les nouveaux défis que l'ouverture à la concurrence ne manquerait pas de poser. Le Conseil dut donc être réformé, parce qu'il n'avait pas été conçu pour le rôle qu'il allait devoir jouer et ensuite parce que des contradictions étaient apparues entre le monopole de fait prévu par la loi et la réalité, car la concurrence s'était quand même développée en profitant d'une exception légale. Enfin, les conservateurs souhaitaient créer un organisme de type quasi juridictionnel, opérant de manière plus indépendante que son prédécesseur. Le Civil Aviation (Licensing) Act de 1960⁴⁸⁵ créa donc un *tribunal*, le Air Transport Licensing Board (A.T.L.B.). Le gouvernement avait alors pour idée de créer une procédure d'attribution des licences identique pour les opérateurs publics et privés⁴⁸⁶. La forme institutionnelle du *tribunal* était censée assurer son indépendance et sa légitimité, rendues nécessaires par le besoin d'assurer l'impartialité de l'État opérateur.

Quel bilan tirer de cette première vague de réformes ? Les deux instances créées pour présider à l'ouverture de ces secteurs à la concurrence ne peuvent être considérées comme des autorités de régulation. La première est un établissement public classique tandis que la seconde est un, non moins classique, *tribunal*. C'est à partir des réformes des années 1980 que cette ouverture à la concurrence deviendra plus systématique et que la forme institutionnelle de l'autorité de régulation prendra sa physionomie définitive.

B — *L'extension du mouvement dans les années 1980*

Ce mouvement a des traits spécifiques. Il concerne avant tout le Royaume-Uni qui procédera pendant ces années à l'ouverture à la concurrence des secteurs des télécommunications, et de l'énergie (1). Encore faut-il préciser que, dans les années 1980, les réformes thatchériennes se traduisent davantage par une privatisation que par une réelle ouverture à la concurrence, qui

⁴⁸³ V. « Clauses 1 and 2 in the first place simply change the name of the I.T.A. to the Independent Broadcasting Authority, and confer upon the Authority duties in relation to sound broadcasting services similar to those in the Television Act. Clause 2(2) provides that, subject to specific duties, the provisions of the Television Act will apply to the new services. The Authority therefore has the same responsibility in relation to radio for ensuring balance, impartiality, decency and good taste. It has the same powers of control over advertising and programme content, and a substantial armoury of weapons for enforcing its wishes » (Mr. Chataway, HC Deb 11 November 1971 vol 825 cc1250-378, §1252).

⁴⁸⁴ V. Civil Aviation Act (1946), art. 36. Le Conseil a été créé par un Order in Council en 1947 (Civil Aviation (Air Transport Advisory Council), Order 1947 (S. R. & O. 1947, n°1224)).

⁴⁸⁵ V. article 38.

⁴⁸⁶ V. R. Baldwin, *Regulating the Airlines: Administrative Justice and Agency Discretion*, Oxford, Clarendon, 1985, p. 27.

ne prendra son essor que dans la décennie suivante. En France en revanche, cette tendance touchera essentiellement l'audiovisuel (2).

1 — Les secteurs pionniers : les télécommunications, l'énergie et le secteur aéronautique

129. Les motifs qui expliquent la réforme de ces secteurs sont de plusieurs ordres⁴⁸⁷. Dans un contexte général de crise depuis les chocs pétroliers des années 1970, l'ouverture à la concurrence et surtout la privatisation trouvent une source dans la volonté du gouvernement Thatcher de réduire les déficits publics. L'augmentation du chômage et, par conséquent, des allocations, pesait fortement sur les finances de l'État⁴⁸⁸. Pour Christopher D. Foster, le programme de privatisation ne résulta pas d'un plan bien établi par le nouveau gouvernement conservateur⁴⁸⁹. Ce programme s'explique par le poids de certains arguments macroéconomiques dans un contexte d'inflation et de chômage⁴⁹⁰. Ce sont les conditions économiques du pays qui expliquent le recours à la privatisation. L'analyse des discours politiques de l'époque met en évidence l'existence de quatre arguments avancés par le gouvernement pour justifier les privatisations : un but d'efficacité économique (augmenter le choix du consommateur et faire assurer, par le marché, la discipline des entreprises nationalisées), casser l'emprise des syndicats sur les rémunérations dans le secteur public et permettre ainsi une diminution de l'inflation et enfin réduire la dette publique⁴⁹¹.

Cosmo Graham et Tony Prosser avancent, eux, une explication idéologique pour rendre compte du changement d'orientation du gouvernement conservateur qui, au départ, n'avait pas envisagé de privatiser ces entreprises dans son programme électoral et qui en a par la suite fait la pierre angulaire de sa politique. Ce serait l'emprise progressive des idées néo-libérales sur le parti conservateur qui pourrait expliquer l'accent mis progressivement sur les privatisations⁴⁹². Deux facteurs expliquent, pour ces auteurs, l'emprise du néo-libéralisme sur ce parti : d'abord, dans les années 1970, des groupes de réflexion privés néo-libéraux devinrent d'importantes sources d'idées pour le parti ; ensuite, certaines personnalités, comme Sir Keith Joseph⁴⁹³, ont eu une influence déterminante dans la pénétration de ces idées.

130. C'est par le secteur des télécommunications que la réforme entamée par le gouvernement conservateur commence ; il fournira d'ailleurs le modèle des lois postérieures. La première réforme du gouvernement conservateur fut de scinder le Post Office en deux entités : le Post Office et British Telecommunications (B.T.), séparant ainsi les activités postales des services de télécommunication. British Telecommunications fut créé par le

⁴⁸⁷ Les télécommunications ne furent pas le premier secteur à être libéralisé. En 1951, furent privatisés le transport routier et une partie du secteur sidérurgique récemment nationalisé (V. sur ce point C. Graham, T. Prosser, *Privatizing public enterprises : constitutions, the state, and regulation in comparative perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 19).

⁴⁸⁸ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992, pp. 113 suiv.. De 1978/79 à 1982/82 la dette publique augmenta de 40,5 % à 43,5 % du P.I.B..

⁴⁸⁹ V. sur ce point l'avis concordant de J. Vickers, G. Yarrow, *Privatization: an economic analysis*, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 155.

⁴⁹⁰ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. 116.

⁴⁹¹ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. 116 ; J. Vickers, G. Yarrow, *Privatization: an economic analysis*, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 157.

⁴⁹² V. C. Graham, T. Prosser, *Privatizing public enterprises : constitutions, the state, and regulation in comparative perspective*, préc., p. 21 ;

⁴⁹³ Pour de plus amples développements sur ce point V. A. Gamble, *The free economy and the strong state : the politics of Thatcherism*, Basingstoke, Macmillan, 2nd ed., 1994.

British Telecommunications Act de 1981⁴⁹⁴. Cette loi confirme le monopole de British Telecommunications⁴⁹⁵, mais introduit une nouveauté. En effet si British Telecommunications conserve un droit exclusif pour la fourniture de service de télécommunications, le gouvernement se réserve néanmoins le pouvoir d'accorder des licences à d'autres acteurs pour la fourniture des mêmes services⁴⁹⁶. Le gouvernement utilisa ce droit et accorda une licence à la société Mercury Consortium en 1982. Toutefois, le gouvernement conservateur, à aucun moment de la campagne de 1979, ne fit mention d'une quelconque volonté de privatiser British Telecommunications. Ce n'est qu'en juillet 1982 que Patrick Jenkins, Secrétaire d'État à l'industrie, annonça son intention de privatiser cette entité⁴⁹⁷, décision prise en réalité par son prédécesseur, Sir Keith Joseph⁴⁹⁸. L'annonce de Patrick Jenkins met bien en évidence les fondements idéologiques de la privatisation. Ce fondement est un changement de paradigme : les choix industriels et commerciaux doivent être déterminés par le marché et non par l'État. L'objectif de la privatisation est ainsi de promouvoir le choix du consommateur⁴⁹⁹. Le discours du Secrétaire d'État met aussi en évidence les motifs pratiques de la privatisation : le statut privé de cette entreprise lui permettrait en effet d'emprunter plus librement sur les marchés financiers.

131. L'institution d'une autorité administrative indépendante vient du constat que British Telecommunications restera en monopole probablement pour longtemps. Patrick Jenkins affirme que British Telecommunications sera désormais soumis à la discipline du marché, mais il reconnaît que l'arrivée d'une concurrence effective risque de se faire attendre. Ainsi, provisoirement, l'institution d'une autorité permettra de surveiller B.T.. Le rôle de cette autorité sera de trouver « un équilibre entre les différents intérêts en présence des fournisseurs de service de télécommunication, des clients, des concurrents, des employés, des investisseurs et des fournisseurs »⁵⁰⁰.

132. Stephen Littlechild, économiste, fut chargé de réfléchir à la réforme et aux règles que l'autorité devait suivre⁵⁰¹. L'exemple américain a largement servi de repoussoir. La capture du régulateur est expliquée par Stephen Littlechild par le grand pouvoir discrétionnaire dont disposaient à l'époque les autorités américaines, et c'est pourquoi le directeur général fut assujéti au respect de règles économiques strictes pour la fixation des tarifs⁵⁰². Dans l'esprit de cet économiste, le but de la législation est la protection du consommateur. Ce but est normalement obtenu grâce à l'effet disciplinant de la concurrence. Toutefois, en présence d'un pouvoir de monopole le marché ne peut pas jouer son rôle. L'autorité administrative a donc pour but de remplacer le marché dans ce rôle, de « retenir le fort ».

⁴⁹⁴ V. British Telecommunications Act, 1981, chapter 38. B.T. prend le statut d'un établissement public (article 1).

⁴⁹⁵ V. British Telecommunications Act, 1981, article 12.

⁴⁹⁶ V. British Telecommunications Act, 1981, article 15.

⁴⁹⁷ V. Dept of Industry, *The Future of Telecommunications in Britain*, 1981/82, Cmnd. 8610.

⁴⁹⁸ V. C.D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992, p. 124.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁰¹ V. S. C. Littlechild, *Regulation of British Telecommunications' profitability : report to the Secretary of State*, February 1983, London, Dept. of Industry, 1983.

⁵⁰² V. D. Helm, « British Utility Regulation: Theory, Practice, And Reform », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 10, n° 3, pp. 21-22.

133. Le rapport Beesley⁵⁰³ permet de mieux comprendre le rôle de repoussoir du modèle américain dans l'élaboration du cadre institutionnel de la régulation des télécommunications dans les années 1980. C'est la complexité du modèle américain qui effraya les rapporteurs. Le remède structurel adopté par les États-Unis en découpant AT & T fut ainsi rejeté pour adopter un modèle basé sur le contrôle d'une autorité administrative.

Le secteur des télécommunications ne fut pas le seul à connaître une libéralisation dans ces années. On trouve le même mouvement dans l'audiovisuel.

134. L'arrivée du câble en Angleterre sera aussi l'occasion de commencer la libéralisation du secteur et de créer une nouvelle autorité pour surveiller son développement, la Cable Authority⁵⁰⁴. Cette autorité est nettement différente de son homologue dans l'audiovisuel, l'Independent Broadcasting Authority. Cette dernière est chargée par la loi de fournir le « service public de l'audiovisuel »⁵⁰⁵ et non la Cable Authority⁵⁰⁶. L'Independent Broadcasting Authority est propriétaire des moyens de transmission, mais pas la Cable Authority. C'est le marché qui doit se charger du financement du réseau. Une raison de cette différence est que le câble supprime les limitations techniques que posaient les ondes en permettant d'augmenter le choix du consommateur. Le consommateur est donc moins prisonnier d'un seul fournisseur et peut donc exercer sa liberté⁵⁰⁷. La différence peut aussi s'expliquer par l'idéologie du gouvernement de Margaret Thatcher⁵⁰⁸. Le rôle des pouvoirs publics doit être de créer les conditions de possibilité de l'avènement de ce nouveau marché, si ce marché existe. C'est pourquoi l'intervention de l'Autorité doit être aussi limitée que

⁵⁰³ V. M. E. Beesley, *Liberalisation of the use of British Telecommunications Network: report to the Secretary of State*, January 1981, London, H.M.S.O., 1981, voir en part. le chapitre VIII, Regulation and control, p. 33 suiv. et l'annexe 5 sur l'expérience américaine.

⁵⁰⁴ V. Cable and Broadcasting Act de 1984. Les débats parlementaires à la Chambre des Lords affirment que cette Autorité est un *quango* (H.L. Deb 02 February 1984 vol 447 cc790-822, §804, Earl de la War). C. Veljanovski montre bien que l'objectif du gouvernement de M. Thatcher est, en favorisant l'expansion de cette nouvelle technologie de développer l'emploi et les exportations (UK Cable Policy in the Eighties, Fiscal Studies, Vol. 4, Issue 3, pp. 29 – 45, p. 32, du même auteur Choice by cable, The economics of a new era in television, The Institute of Economics Affairs, 1983, pp. 21 et 22). L'idée de créer une autorité indépendante revient au Rapport Hunt. Ce rapport évoqua l'idée de confier la surveillance de ce secteur à l'I.B.A. mais rejeta cette idée en raison du risque de conflit d'intérêts que cette situation pourrait engendrer. En effet les programmes de l'I.B.A. sont obligatoirement diffusés sur le câble en vertu de l'obligation de « *must carry* » posée par la section 13 de la loi.

⁵⁰⁵ V. HL Deb 02 February 1984, vol 447 cc831-74, §856, Lord Harris of Greenwich.

⁵⁰⁶ On pouvait même lire dans le livre blanc : « it is not necessary, or even appropriate, for cable services to be required to achieve in their programmes a wide range and balance, or high quality, in the way that has been thought right, in the public interest, on B.B.C. / I.B.A. services » (§130).

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

⁵⁰⁸ L'existence d'une véritable idéologie sous-jacente au projet est affirmée par S. Hearst (The development of cable systems and services, *Political Quarterly*, volume 54, 1983, pp. 387-392, p. 388). Elle est enfin confirmée par M. Thatcher elle-même, qui écrit dans son autobiographie : « Privatization, no less than tax structure, was fundamental to improving Britain's economic performance. But for me it was also far more than that : it was one of the central means of reversing the corrosive and corrupting effect of socialism. Ownership by the State is just that — ownership by an impersonal legal entity : it amounts to control by politicians and civil servants (M. Thatcher, *The Downing Street Years*, London, HarperCollins, 1993, p. 676). Il s'agit bien d'idéologie encore lorsque le Premier Ministre d'alors écrit : « But the idea that a small clique of broadcasting professionals always knew what was best and that they should be more or less immune from criticism or competition was not one I could accept » (M. Thatcher, *The Downing Street Years*, préc., p. 634).

possible⁵⁰⁹. Le cadre juridique de la Cable Authority est pensé pour faciliter le choix du consommateur et non de l'exercer à sa place⁵¹⁰.

135. Il ne faut pas minimiser la révolution que le câble introduit dans le paysage audiovisuel anglais. C'est la première fois que, pour le législateur, la qualité des programmes passe après le développement du secteur. La création de l'Independent Television Authority était motivée par la volonté de développer la télévision. Or, à cette époque la problématique est bien de créer une télévision indépendante concurrente de la B.B.C., et ce, afin de remédier aux effets jugés négatifs du monopole dans le secteur culturel.

136. La troisième élection victorieuse de M. Thatcher en 1987⁵¹¹ a aussitôt entraîné de nouveaux changements dans le paysage audiovisuel britannique. Le Broadcasting Act va ainsi remodeler complètement le paysage institutionnel de l'audiovisuel au Royaume-Uni. Elle vient à la suite des réflexions du Livre blanc publiées par le gouvernement et intitulé, « Broadcasting in the '90s : Competition, choice and quality »⁵¹². Le changement est induit par les bouleversements technologiques qu'engendre la convergence entre la radiodiffusion et les télécommunications, mais aussi par la volonté de développer la concurrence sur ce marché⁵¹³. Ce livre blanc propose la création d'une nouvelle autorité de régulation de l'audiovisuel, l'Independent Television Commission (I.T.C.)⁵¹⁴, sous la forme d'un établissement public⁵¹⁵ dont l'indépendance est garantie non seulement par rapport au secteur,⁵¹⁶ mais aussi par rapport au gouvernement et qui regroupe les fonctions des anciennes

⁵⁰⁹ Le Livre Blanc du gouvernement énonce ainsi : « It is not for the Government to guarantee that cable will expand at any particular rate or in any particular manner (...). The government's function is to create the opportunities which will enable cable development to happen provided a market exists for it » (Home Office, Dept of Industry, The development of cable systems & services, 1982/83 Cmnd. 8866, §10).

⁵¹⁰ « I think that regulation should be designed to facilitate choice and not to exercise that choice for the consumer ». Voir aussi le Livre Blanc qui exprime bien l'esprit du projet : les téléspectateurs doivent avoir le choix du programme qu'ils veulent regarder, les seules limites étant celles que posent les droits pénal et civil (§135). À ce titre la même loi crée de nouvelles infractions spécifiques aux fournisseurs de programmes par câble en cas d'incitation à la haine raciale (section 27) ou de diffamation (section 28). Les pouvoirs coercitifs de l'Autorité ne sont qu'une concession qui s'explique par l'inquiétude croissante du public concernant la pornographie et la violence.

⁵¹¹ La victoire eut lieu le 11 juin 1987.

⁵¹² V. Broadcasting in the '90's: competition, choice and quality: the government's plans for broadcasting legislation, London, HMSO, 1988. Voir le commentaire de T. H. Jones, « The Deregulation of Broadcasting », The Modern Law Review, vol. 52, May 1989, p. 380 à 388. Le changement était déjà annoncé dans le rapport Peacock qui remet en question le duopole en place et parle dans des termes qui montrent bien l'état d'esprit du gouvernement de l'époque du « confortable duopoly » (Report of the Committee on financing the B.B.C. (1986), Cm. 9824, Chapitre 4, p. 38). Voir aussi l'histoire de ce moment in P. Bonner, L. Aston, Independent television in Britain, vol. 5, I.T.V. and the I.B.A. 1981-92: the old relationship changes, Basingstoke, Macmillan, 1998, p. 255.

⁵¹³ Le livre blanc dit ainsi : « The ITC would apply lighter, more objective program requirements. The way in which the Commission enforced them could be tested in the Courts. The ITC would therefore adopt a less heavy handed and discretionary approach than the I.B.A. necessarily does at present » (Broadcasting in the '90s préc., §6.5). Cette vision se justifie pour ses promoteurs par le fait que les téléspectateurs auront davantage de choix. Le téléspectateur n'est plus prisonnier du duopole, il peut donc exercer son jugement plus librement. L'intervention de l'Autorité peut donc être plus « légère » pour reprendre l'expression du Livre Blanc.

⁵¹⁴ V. D. Zeffman, « Cable Television and the Broadcasting Act 1990 », Entertainment Law Review, 1991, p.66.

⁵¹⁵ V. Broadcasting Act 1990, Annexe 1. Elle ne bénéficie pas des immunités et privilèges de la Couronne.

⁵¹⁶ Les personnes ayant un intérêt financier dans le secteur ou un lien de travail avec la B.B.C., la B.C.C. ou le B.S.C. ne peuvent exercer de fonctions dans l'I.T.C..

Independent Broadcasting Authority et Cable Authority⁵¹⁷. Le rôle essentiel de la Commission est l'attribution des autorisations⁵¹⁸. L'autorisation est encore la base sur laquelle la Commission construit son action.

137. Après les télécommunications et l'audiovisuel, le secteur de l'énergie sera profondément réformé dans les années 1980. British Gas est privatisé en décembre 1986, ce qui en fit la deuxième entreprise de service public privatisée au Royaume-Uni. Le changement de politique dans ce domaine commença en 1982 avec le Oil and Gas (Enterprise) Act⁵¹⁹ qui mit fin au droit exclusif de British Gas pour l'achat de gaz. Le Gas Act de 1986⁵²⁰ met, lui, fin au privilège de British Gas pour la fourniture du gaz et établit une instance qui possède les mêmes caractéristiques qu'Oftel : un directeur général pour la fourniture du gaz ou Director General of Gas Supply (D.G.G.S.) est nommé par le Secrétaire d'État et ce directeur est assisté d'un bureau, l'Office of Gas Supply (Ofgas). Malgré l'habitude de désigner l'autorité sectorielle compétente à partir du sigle du bureau, c'est le directeur qui possède le pouvoir de décision. Comme dans les télécommunications, la conviction du gouvernement de l'époque est qu'une concurrence effective offre la meilleure protection pour les consommateurs. La concurrence doit donc être le droit commun là où elle est possible ; là où elle est impossible, il faut introduire un mécanisme de surveillance confié à une autorité indépendante⁵²¹. Le but du cadre législatif proposé sera donc de mettre en place un mécanisme institutionnel dont le but est de reproduire l'effet du marché sur les acteurs économiques, c'est-à-dire de contraindre leur liberté afin de garder les prix et les coûts suffisamment bas⁵²². Le système mis en place doit agir comme un substitut du marché.

138. La réforme du secteur de l'électricité était, elle, contenue dans le programme du parti conservateur aux élections de 1987 et ne fut réalisée qu'en 1989 avec le Electricity Act⁵²³ qui crée un directeur général de la fourniture d'électricité entouré d'un bureau. En 1983, le Energy Act⁵²⁴ avait déjà mis fin au monopole pour la production d'électricité⁵²⁵. L'ouverture à la concurrence du secteur électrique s'est traduite par une séparation des fonctions de production, de fourniture et de transport dans des compagnies différentes. La structure qui en est résultée est très complexe, mais elle était censée permettre une meilleure efficacité économique⁵²⁶. La privatisation de cette industrie s'est donc accompagnée de modifications structurelles d'importance⁵²⁷. Le système de supervision mis en place, sous la forme d'une

⁵¹⁷ La loi ne fait pas la distinction entre les différentes techniques de diffusion par câble ou par les ondes. Elle ne fait plus référence qu'aux systèmes de télécommunications (article 46). Elle ne distingue que le satellite (article 43).

⁵¹⁸ V. Broadcasting Act 1990, Article 3 suiv..

⁵¹⁹ V. Oil and Gas (Enterprise) Act 1982, chap. 23.

⁵²⁰ V. Gas Act 1986, chap. 44.

⁵²¹ V. Regulation of the gas industry. Memorandum by the Dept of Energy. Government response to the first report of the Energy Select Committee session 1985/86, HC 15, Cmnd. 9759, p. 5, §3.

⁵²² V. Energy Select Committee: Regulation of the Gas Industry: Memoranda laid before the Committee (2 parts). Received 27 November 1985, 1985/86, HC 15-i, p. 10, §10. L'expression « proxy for the normal disciplines of the market » est employée (v. §90), ce qui signifie que le mécanisme mis en place doit agir comme une sorte de « concurrence par procuration ».

⁵²³ V. Electricity Act 1989 (chap. 29).

⁵²⁴ V. Energy Act 1983 (chap. 25).

⁵²⁵ V. J. Vickers and G. Yarrow, Privatization : an economic analysis, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 285.

⁵²⁶ V. T. Prosser, Law and the regulators, préc., p. 150 suiv..

⁵²⁷ V. Energy Select Committee: Structure, regulation & economic consequences of electricity supply in the private sector, vol I, HC 307 i-xv, 1987/88, p. xxii, §30. La volonté du gouvernement de privatiser le secteur est

autorité administrative indépendante, aura pour objectif de protéger les consommateurs d'abus potentiels et de promouvoir la concurrence⁵²⁸.

139. Enfin, c'est en 1986 que le secteur aérien est, lui, ouvert à la concurrence. Cette politique était contenue dans le programme de campagne du parti en 1983. L'autorité propriétaire des aéroports, British Airports Authority (B.A.A.), sera privatisée même si le bilan de son action est jugé positivement par la Commission parlementaire en charge d'évaluer ses résultats. La privatisation lui permettra de diminuer ses coûts⁵²⁹ et de se financer différemment : si elle devient une entreprise privée, libérée des contraintes de la comptabilité publique, elle pourra ainsi financer ses investissements en ayant recours aux marchés financiers⁵³⁰. L'organisme en charge de ce secteur, la Civil Aviation Authority (C.A.A.)⁵³¹, change alors d'objectifs. Le Airports Act de 1986⁵³² change d'abord le rôle de cette autorité envers les aéroports⁵³³ et la charge d'un rôle de réglementation économique. Les aéroports sous la surveillance de cette instance doivent obtenir une autorisation, pour prélever une redevance⁵³⁴. Dans le cadre de cette permission, l'autorité peut lui imposer des conditions relatives notamment à la fourniture d'informations comptables afin de lui permettre de surveiller les tarifs pratiqués par les aéroports⁵³⁵. La C.A.A. peut en outre imposer d'autres conditions de manière à prévenir des comportements anticoncurrentiels⁵³⁶. La loi impose à cette instance d'exercer ses fonctions de manière à trouver un compromis entre plusieurs objectifs : servir l'intérêt des usagers des aéroports, promouvoir le fonctionnement efficace, économique et profitable des aéroports, encourager l'investissement dans de nouvelles infrastructures et imposer le minimum possible de contrôles. Tony Prosser note à ce propos que cette autorité n'a pas l'obligation de promouvoir la concurrence. Cette option fut rejetée par le gouvernement⁵³⁷.

140. C'est sur ces modèles, en adoptant les mêmes raisonnements, que des instances furent créées dans les domaines de l'eau avec la mise en place, en 1989, du Directeur général des

expliquée in Dept of Energy: Privatising Electricity, White Paper: Governments proposals for privatisation of electricity supply industry in England & Wales, Cm 322.

⁵²⁸ V. Energy Select Committee: Structure, regulation & economic consequences of electricity supply in the private sector, vol I, préc. , §61 suiv..

⁵²⁹ V. Transport Select Committee: The organisation, financing & control of airports in the UK. Second Report (3 parts, in 3 volumes) with proceedings, evidence (previously HC 319 i-xxii), 1983/84, HC 319, p. 7 et 8, § 12-13.

⁵³⁰ V. *Ibidem*, §14. Les autres reproches adressés à BAA sont : le niveau élevé des subventions croisées entre les différents aéroports (§15), la structure même de l'entité qui comprend des aéroports en Écosse par exemple, mais pas certains grands aéroports régionaux gérés par les municipalités (§16), l'absence de concurrence dans la fourniture de services aéroportuaires (§17), la nature même de cette activité, activité commerciale, impose d'impliquer plus largement des acteurs privés (§19).

⁵³¹ Cet organisme fut créé par le Civil Aviation Act 1971 (chap. 75)

⁵³² V. Airports Act 1986, chap. 31.

⁵³³ V. Airports Act 1986 (chap. 31). Voir T. Prosser, *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon, 1997, Chap. 8, p. 216 suiv.

⁵³⁴ V. Airports Act 1986, article 37 et 38.

⁵³⁵ V. Airports Act 1986, Article 40.

⁵³⁶ V. Airports Act 1986, art. 41. Les comportements visés par cet article sont les comportements discriminatoires (article 41 (3), prédateurs (article 41 (4)).

⁵³⁷ V. « The promotion of greater competition between airports could work against the interests of passengers and airport efficiency if it encouraged a more dispersed pattern of airport provision. A more concentrated pattern of larger airports can bring benefits to passengers through greater choice of routes and higher frequency of services, and to airlines through the encouragement of interlining traffic » (Airline competition Policy préc., §17).

services d'eau⁵³⁸ et, en 1993, du Régulateur des chemins de fer⁵³⁹. C'est en 1985 que l'annonce de la privatisation des services d'eau fut annoncée. Les mêmes motifs sont avancés : le problème de l'interférence politique, des contraintes budgétaires de la comptabilité publique, l'accès au marché financier pour le financement des investissements, la possibilité d'attirer les meilleurs cadres, l'accès au capital de ces entreprises pour les employés et les consommateurs locaux⁵⁴⁰. L'autorité administrative créée devra s'assurer que la privatisation et la concurrence opèrent au bénéfice des consommateurs. Dans le domaine ferroviaire, le livre blanc sur la privatisation présente la volonté de privatiser le secteur comme le résultat des succès que cette politique a générés par le passé. Il s'agit donc désormais d'étendre les bénéfices de la concurrence au domaine ferroviaire⁵⁴¹. L'ouverture à la concurrence permettra ainsi d'utiliser les fonds, le savoir-faire privé et d'augmenter l'efficacité du secteur⁵⁴². Comme pour le secteur aérien, le gouvernement reconnaît les performances de British Rail, mais affirme néanmoins le caractère bénéfique, en soi, de la concurrence. Les réformes dans ce secteur spécifique viennent donc non pas de problèmes concrets, mais de la conviction que l'amélioration des performances du secteur passe par son retrait de la sphère publique⁵⁴³. Son caractère public l'empêcherait de répondre adéquatement à la concurrence des autres modes de transport privé.

L'idée-force de la réforme de ces secteurs au Royaume-Uni est que c'est désormais le marché qui devra assurer la discipline du monopole naturel, et l'orientation du secteur vers les méthodes les plus efficaces. L'instauration d'une autorité administrative indépendante, sous la forme d'un directeur général, résulte du besoin de surveiller l'opérateur historique dans l'attente que la concurrence assure son rôle disciplinant. La situation n'est pas fondamentalement différente en France avec la réforme de l'audiovisuel. Mais c'est surtout avec la réforme de 1986 que l'enjeu concurrentiel apparaît.

2 — *Le développement de la concurrence dans l'audiovisuel en France*

141. La vague d'ouverture à la concurrence en France n'a pas eu le caractère systématique qu'elle a eu au Royaume-Uni. Ce mouvement n'a, en France, une origine purement interne que dans le secteur de l'audiovisuel. Dans ce secteur, l'ouverture à la concurrence, comme au Royaume-Uni d'ailleurs, ne s'est pas accompagnée au départ d'une privatisation de l'acteur public historique. Ce n'est en effet qu'en 1986 que l'opérateur public TF1 sera privatisé⁵⁴⁴. Le changement se présente d'abord comme une séparation entre le politique et les opérateurs avant de devenir un outil de promotion de la concurrence.

⁵³⁸ V. Water Act 1989 (chap. 15), art. 5 et Water Industry Act 1991 (chap. 56), art. 1.

⁵³⁹ V. Railways Act 1993 (chap. 43), art. 1.

⁵⁴⁰ V. Dept of the Environment, Welsh Office; Ministry of agriculture: Privatisation of the Water authorities in England & Wales White Paper, Cmnd. 9734, p. 1, §3.

⁵⁴¹ V. Dept of Transport: New opportunities for the railways: the privatisation of British Rail White Paper, Cm 2012, p. 1.

⁵⁴² V. Dept of Transport; Transport Select Committee: The future of the railways in light of governments white paper proposals. Transport Select Committee second special report - government observations on Committees second report of session 1992/93 (HC 246), p. xxxiii, §14.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. xliii, §45-46.

⁵⁴⁴ V. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Létard relative à la liberté de la communication (JORF du 1 octobre 1986, p. 11755), V. Titre IV, art. 58 suiv..

142. La réforme du secteur audiovisuel au début des années 1980 s'accompagne de la création de la première autorité administrative indépendante dans le secteur des services publics en réseau⁵⁴⁵. La loi de 1982⁵⁴⁶ déclare ainsi que « la communication audiovisuelle est libre »⁵⁴⁷. Quelles sont les raisons de cette évolution ? Les débats à l'Assemblée nationale permettent de dégager deux motifs qui expliquent l'évolution du cadre législatif de la communication audiovisuelle : des évolutions technologiques qui créent des opportunités nouvelles en faisant passer les moyens de diffusion « de la rareté à l'abondance »⁵⁴⁸, sapant par la même occasion une des justifications historiques du monopole ; et la situation du secteur public « que l'on a depuis des années asphyxié, limité »⁵⁴⁹. En outre, la création d'une autorité administrative indépendante est rendue nécessaire par le besoin d'avoir une instance compétente pour délivrer les autorisations d'usage des fréquences pour la diffusion. À ces motifs, il faut ajouter la volonté de couper le lien entre le pouvoir et les médias, ces derniers s'étant largement discrédités par leur partialité en faveur du pouvoir lors des dernières élections. Cette volonté avait été discrètement exprimée par le candidat socialiste⁵⁵⁰. L'idée de créer une « magistrature du son et de l'image » est reprise par la Commission Moinot dont le rapport est remis le 6 octobre 1981⁵⁵¹ et finalement par la loi 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁵⁴⁵ La catégorie juridique des autorités administratives indépendantes est créée en 1978 pour la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), instituée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF du 7 janvier 1978, p. 227). C'est la première fois que le législateur utilise cette notion. Elle est ensuite utilisée pour la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) : v. art. 20 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JORF du 18 juillet 1978, p. 2851).

⁵⁴⁶ V. Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (JORF du 30 juillet 1982, p. 2431). V. J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, pp. 555-576 ; S. Regourd, « Le droit de la communication audiovisuelle après la loi du 29 juillet 1982 », Actualité Législative, Dalloz, 1983, p. 23 ; Les Cahiers de la communication, vol. 3, n°1-2, 1983 (notam. les études de MM. Balle, Drago, Israël, Robert, Blin, Derieux, Aymard).

⁵⁴⁷ V. art. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, préc..

⁵⁴⁸ C. Debbasch, « Introduction », Radio et télévision en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1984, Paris, CNRS, 1985. Le rapporteur cite l'émergence du câble et du satellite : « le câble, qui permet de s'affranchir de la rareté, et le satellite qui, dans quelques années, exposera de très larges zones du territoire national à une grande variété de signaux venus de l'étranger » (v. Bernard Schreiner (rapporteur), Débats parlementaires, Assemblée Nationale, 7e législature, JORF du mardi 27 Avril 1982, n° 28, compte rendu intégral, 1ère séance du lundi 26 avril 1982, p. 1299). De même le problème de la convergence entre les télécommunications et la communication audiovisuelle commence à être évoqué (v. Bernard Schreiner, débat préc., p. 1299, 2^e colonne). V. aussi J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », préc., p. 556.

⁵⁴⁹ V. Bernard Schreiner (rapporteur), Débats parlementaires, Assemblée Nationale, préc., p. 1298.

⁵⁵⁰ François Mitterrand, interview accordé au journal Télé 7 jours cité in Histoire générale de la radio et de la télévision, préc., tome 3, pp. 40-41. : il avait en effet déclaré : « Il faut rompre le lien de dépendance entre la radiodiffusion-télévision et le pouvoir politique, et en particulier couper le cordon ombilical entre les télévisions et l'Élysée. Ceci pourra se faire d'abord en confiant le soin de veiller sur l'indépendance et le bon fonctionnement de tous les organismes audiovisuels à une sorte de magistrature du son et de l'image, un Conseil national de la radio-télévision composé de représentants du Parlement, des régions, du personnel et du public. Le Conseil national veillera au respect des obligations de service public par tous les organismes audiovisuels. Il répartira les ressources. Il garantira le statut du personnel et veillera à l'emploi. Il assurera enfin des fonctions de représentation et de prospective. (...) ».

⁵⁵¹ V. « Pour une réforme de l'audiovisuel », Rapport au Premier Ministre de la commission de réflexion et d'orientation présenté par P. Moinot, Paris, La Documentation Française, 1981.

143. La « clé de voûte »⁵⁵² de la réforme est la création de la Haute autorité de la communication audiovisuelle (H.A.C.A.). Cette institution indépendante va permettre la séparation entre la politique et l'audiovisuel. Le gouvernement doit continuer à assumer la responsabilité dans ce secteur tout en évitant d'influencer le contenu des programmes. Aussi l'audiovisuel doit-il « être placé sous la tutelle, non pas du pouvoir exécutif, mais d'une « autorité indépendante », qui garantisse son autonomie et le protège de toute pression d'ordre politique »⁵⁵³. Parallèlement, l'ouverture du secteur aux chaînes privées débute, avec la création de Canal Plus⁵⁵⁴, création qui ouvre la voie à l'apparition de nouvelles chaînes.

144. La nouvelle majorité au pouvoir en 1986 va, de manière décisive, prolonger et approfondir ce mouvement. Les motivations du nouveau gouvernement Chirac, qui se traduiront dans une nouvelle loi⁵⁵⁵, sont d'abord la volonté de libérer un secteur clé de l'économie, facteur de croissance, mais aussi de permettre aux acteurs de rattraper le retard accumulé dans les nouvelles technologies⁵⁵⁶. L'adoption, par le même gouvernement, de l'Ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁵⁵⁷, se situe dans le prolongement de cet engagement pour la libre concurrence. La politique audiovisuelle s'inscrit donc dans un programme global, favorable à la concurrence⁵⁵⁸, programme qui n'est pas soluble et qui se distingue de l'affirmation de la liberté contenue dans la loi de 1982. Ce qui distingue radicalement les deux lois, de 1982 et de 1986, est l'accent mis sur la concurrence dans le second cas. Alors que dans la loi de 1982 la notion de concurrence est absente pour le secteur audiovisuel,⁵⁵⁹ elle fait partie intégrante des objectifs de l'autorité mise en place. Si la Haute autorité est chargée de « garantir l'indépendance du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision »⁵⁶⁰, la Commission nationale de la communication et des libertés (C.N.C.L.), elle, « veille à assurer l'égalité de traitement et à favoriser la libre concurrence »⁵⁶¹.

⁵⁵² V. J. Morange, « Les pouvoirs de la Haute autorité de la communication audiovisuelle », R.D.P., n°6, déc. 1983, p.1509-1525, ici p. 1509. Cette expression est empruntée à F. Mitterrand, discours à l'occasion de l'installation de la Haute autorité, le 1^{er} septembre 1982, cité par J. Chevallier « Le statut de la communication audiovisuelle », préc., p. 566.

⁵⁵³ V. J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », préc., p. 566.

⁵⁵⁴ En 1983, l'État concède à l'agence Havas la chaîne payante Canal + dont les émissions commencent en 1984. L'État détient à l'époque plus de 50 % du capital de cette agence.

⁵⁵⁵ V. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite Loi Léotard (JORF du 1 octobre 1986 p. 11755). V. le numéro spéc. de la R.F.D.A. « La nouvelle réforme de l'audiovisuel », 1987, n°3, pp. 343-418 et les articles de D. Truchet, S. Regourd, J. Morange, B. Delcros et B. Vodan, G. Drouot, M.-C. Boutard-Labarde et une analyse de droit comparé de M. Fromont, F. Moderne. V. E. Derieux, « Le nouveau statut de la communication », R.D.P., 1987, pp. 321-360

⁵⁵⁶ Il s'agit d'abord du câble, ensuite du satellite et enfin du magnétoscope.

⁵⁵⁷ V. Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (JORF du 9 décembre 1986, p. 14773).

⁵⁵⁸ V. les travaux parlementaire, discours de M. Péricard, JORF, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Année 1986, n° 72 (1), Mardi 5 août 1986, première séance, p. 3994 (« le texte que nous allons voter ne constitue qu'une première étape d'un projet plus large. Il sera donc complété par le nouveau droit de la concurrence »).

⁵⁵⁹ Il y a des dispositions concernant le droit de la concurrence dans la partie de la loi concernant le cinéma : V. Loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle, préc., titre V « La diffusion des œuvres cinématographiques », art. 90 et 92§1, §3, §5.

⁵⁶⁰ V. Loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle, préc., Chapitre II, « la haute autorité de la communication audiovisuelle », art. 12.

⁵⁶¹ V. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de la communication, art. 3§2.

145. Ce nouvel esprit a des conséquences sur la conception du service public que l'on retrouvera d'ailleurs dans la manière dont le droit de l'Union européenne conçoit le service public. Les propos de François Léotard, ministre de la Culture de l'époque, sont très clairs : « Au contraire, c'est la notion même du service public, telle qu'elle a prévalu jusqu'à aujourd'hui — service de monopole et de contrainte — qui a conduit à l'impasse. Nous préférons, quant à nous, la mission de service public au statut de service public. La première notion protège le client, c'est-à-dire le consommateur ; c'est le primat de la demande. La seconde notion croit protéger le salarié de l'entreprise, mais en fait, elle se protège elle-même ; c'est le primat d'une offre qui se désintéresse trop souvent de son destinataire ». On observe donc dans le discours une séparation des critères organiques et fonctionnels qui caractérisaient jusqu'à présent le service public à la française, séparation que l'on retrouvera à l'œuvre dans les directives européennes.

146. Le pivot institutionnel de la réforme est la transformation de l'ancienne Haute autorité en une nouvelle Commission nationale de la communication et des libertés (C.N.C.L.)⁵⁶². Le changement de dénomination est plus que symbolique, il doit manifester un changement d'esprit : alors que la H.A.C.A. pouvait être considérée comme l'autorité du service public, la nouvelle Commission est pensée comme « l'instance de régulation des secteurs privé et public de la radio, de la télévision et des télécommunications »⁵⁶³. La Commission est l'instance qui doit présider à l'ouverture et à l'essor du marché de l'audiovisuel. Le recours au marché est rendu nécessaire, dans l'esprit des concepteurs de la loi par la nécessité de promouvoir l'évolution technologique⁵⁶⁴ et le besoin d'assurer la croissance d'un secteur important de l'économie⁵⁶⁵. Le remplacement de la Haute autorité par la Commission nationale de la communication et des libertés était prévu dans le programme politique de la nouvelle majorité de droite. Le gouvernement souhaite, « aller plus loin dans la garantie du pluralisme et de la neutralité, ce qui le conduit à envisager l'instauration d'un organisme juridictionnel placé sous l'autorité de la Cour de cassation »⁵⁶⁶ et souhaite aussi remplacer une institution largement discréditée dans l'opinion⁵⁶⁷. Pour cela, la Commission devrait jouir de pouvoirs plus étendus. Afin de réaliser l'essor du secteur, un volet important de la nouvelle politique

⁵⁶² V. en doctrine les commentaires suivants : C. Debbasch (dir.), *La Commission nationale de la communication et des libertés*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Science et droit administratifs », Paris et Aix-en-Provence, 1988, 137 p. ; J.-P. Delivet et H. Rony, « La Commission nationale de la communication et des libertés et la régulation de la communication audiovisuelle », *Revue française d'administration publique*, n° 4, octobre-décembre 1987, p. 719-731. Cette instance est créée par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite Loi Léotard (JORF du 1 octobre 1986 p. 11755). V. J. Morange, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », numéro spéc. de la R.F.D.A. préc., pp. 372-385.

⁵⁶³ V. F. Léotard, cité dans *Histoire générale de la radio et de la télévision*, préc., tome 3, p. 65.

⁵⁶⁴ V. Discours de Michel Péricard, rapporteur (JORF, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Année 1986, n° 72 (1), mardi 5 août, p. 3988). Au Royaume-Uni comme en France l'innovation technologique est un motif important des réformes et vérifie l'affirmation de S. Regourd en 1987 : « Le droit, quant à lui, a éprouvé quelques difficultés à suivre les mutations de la technologie et du marché » (S. Regourd, « La dualité public-privé et le droit de la communication audiovisuelle », dans le numéro spéc. de la R.F.D.A. préc., p. 357).

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ V. *Histoire générale de la radio et de la télévision*, préc., tome 3, p. 63.

⁵⁶⁷ Plusieurs affaires ont contribué à discréditer la H.A.C.A. : par exemple, le problème de la nomination des présidents des chaînes publiques (V. à ce sujet le Discours de Michel Péricard, rapporteur (JORF, Débats parlementaires, Assemblée nationale, Année 1986, n° 72 (1), mardi 5 août, p. 3991), aussi, cette instance avait pris trop d'indépendance par rapport au pouvoir politique et ses avis sur les projets de loi n'avaient pas manqué de créer des tensions au sein du cabinet du ministre (V. *Histoire générale de la radio et de la télévision*, préc., tome 3, pp. 53-54).

concerne la privatisation du secteur, car « la privatisation est un élément essentiel si l'on veut éloigner l'État de l'information, réduire l'importance du secteur public et favoriser, sans trop tarder, l'existence d'un secteur privé substantiel de la télévision »⁵⁶⁸. Il annonce ainsi la privatisation de TF1.

147. La nouvelle impulsion donnée en 1986 ne sera pas remise en question. La dernière réforme d'ampleur, en 1989, mise en œuvre par la majorité de gauche aura un impact institutionnel sur l'autorité indépendante, mais pas sur les grands équilibres et les grands objectifs de la politique audiovisuelle. La transformation de la Commission en Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.) s'inscrit dans la volonté de la nouvelle majorité de réfléchir à la mise en place d'une institution pérenne, l'objet principal de la réforme étant de changer la composition de l'instance⁵⁶⁹, mais pas de bouleverser l'équilibre de la loi Léotard. Ce besoin de changement s'explique par le mécontentement suscité par la dégradation de la qualité des programmes⁵⁷⁰. L'esprit qui présida finalement à l'adoption du texte fut un esprit de conciliation : la loi Léotard ne fut pas abrogée et l'objectif de concurrence fut maintenu⁵⁷¹, mais les objectifs que le Conseil doit prendre en compte dans son action sont considérablement étoffés⁵⁷². L'autorité en charge du secteur est promue : « l'objectif du gouvernement, dans cet article premier, était de faire figurer en tête de la loi le principe même de l'existence d'une autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication. La C.N.C.L., dans la loi de 1986, n'apparaissait qu'à l'article 3. Il s'agissait ainsi de faire de cette instance une garantie fondamentale de cette liberté »⁵⁷³.

Conclusion du § 1

Au total, de nombreux motifs peuvent être avancés pour rendre compte de l'ouverture des secteurs en réseau à la concurrence. L'audiovisuel est à cet égard le secteur emblématique de cette évolution tant au Royaume-Uni qu'en France. L'éthique du service public faisait de l'État le seul dépositaire de l'autorité suffisante pour imposer le standard de qualité requis. Le développement de la concurrence s'inscrit, lui, dans le cadre du développement d'une éthique du choix qui fait du citoyen le seul juge de cette qualité. L'essor de la concurrence doit, en

⁵⁶⁸ François Léotard, le 14 mai 1986, cité dans Histoire générale de la radio et de la télévision, préc., tome 3, p. 64.

⁵⁶⁹ V. Histoire générale de la radio et de la télévision, préc., tome 3, p. 90.

⁵⁷⁰ V. F. Nevoltry, B. Delcros, Le Conseil supérieur de l'audiovisuel : fondement politique et analyse juridique, loi du 17 janvier 1989, Paris, Victoires-Éditions, Coll. Légipresse, 1989, pp. 16 suiv. ; P. Huet, « La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication », Dalloz, Chron. XXVII, pp. 179-188. V. aussi E. Derieux, « Réforme du statut de la communication audiovisuelle en France, La loi du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », Chron. adm., R.D.P., 1990, pp. 133-152 ; J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel. Premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989, A.J.D.A., 1989, pp. 59-76 ; B. Delcros, « La loi instituant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », Légipresse n°59, mars 1989, pp. 9-16 ;

⁵⁷¹ V. Loi n° 89-25 du 17 Janvier 1989 modifiant la loi n° 1087 du 30 septembre 1988 relative à la liberté de communication, art. 1^{er}.

⁵⁷² Ces objectifs sont : l'égalité de traitement, l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision, la libre concurrence, la qualité et à la diversité des programmes, le développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi que la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises (V. art. 1^{er} de la loi de 1989 qui réécrit l'art. 1^{er} de la Loi Léotard de 1986).

⁵⁷³ F. Nevoltry, B. Delcros, Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, préc., pp. 25.

ouvrant les possibles pour le citoyen, lui permettre d'exercer son activité de connaissance, de découverte, et de discipliner lui-même les acteurs du secteur. Les autorités administratives créées pour l'occasion se contentent, en attribuant les autorisations administratives, d'ouvrir l'activité et de développer la concurrence.

Il convient d'analyser à présent les motifs qui président à la mise en place d'autorités administratives indépendantes, dotées d'une fonction contentieuse, pour contrôler ces nouveaux secteurs.

§ 2 — Le choix subséquent d'un mode de contrôle original de ces secteurs

Deux éléments doivent ici être étudiés : l'attribution à ces autorités d'un certain degré d'indépendance (I) et d'une fonction contentieuse (II). Il s'agira de comprendre les raisons qui ont motivé ces choix.

I — Des autorités indépendantes

Quelles sont, en France et au Royaume-Uni, les raisons de l'indépendance des autorités chargées de la surveillance des services publics en réseau ? Il est nécessaire d'étudier ce point, car un caractère spécifique de la fonction contentieuse des autorités de régulation est son exercice, comme une juridiction, par une autorité indépendante de l'exécutif. Il ne sera pas nécessaire d'entrer ici dans le débat du degré d'indépendance de ces instances, qui a d'ailleurs déjà été abordé en introduction, mais de comprendre pourquoi on le pense ainsi et l'on souhaite accorder une certaine indépendance à ces instances, aussi bien au Royaume-Uni (A) qu'en France (B).

A — Les raisons de l'indépendance des autorités sectorielles au Royaume-Uni

148. Au Royaume-Uni, il est difficile de mettre en évidence les raisons de l'indépendance de ces autorités tant leur mise en place manifeste de l'« improvisation »⁵⁷⁴. On peut néanmoins, à travers les évocations des différents rapports comprendre les modèles qui ont été utilisés. Des modèles extérieurs ont été revendiqués. Ainsi, comme en France d'ailleurs lors de la discussion de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁵⁷⁵, la Federal Communications Commission américaine (F.C.C.)⁵⁷⁶ fait figure de modèle, même si le modèle américain de régulation a aussi servi de repoussoir⁵⁷⁷. La F.C.C. est malgré tout à l'arrière-plan de toutes les discussions.

⁵⁷⁴ V. C. Graham, *Privatization -The United Kingdom Experience* (Symposium: Comparative Models of Privatization: Paradigms and Politics), 21 Brook. J. Int'l L. 185 (1995-1996), p. 207.

⁵⁷⁵ V. par exemple le débat à l'Assemblée nationale entre A. Madelin et le ministre de la communication : JORF, Débats parlementaires, A.N., 3^e séance du 28 avril 1982, p. 1451 ; A. Madelin, 1^e séance du 29 avril 1982, p. 1471.

⁵⁷⁶ V. HL Deb 27 April 1981 vol 419 cc1032-89, §1086.

⁵⁷⁷ V. Rapport Beesley, *Liberalisation of the use of British Telecommunications Network*, p. 33 et surtout p. 48 suiv..

La mise en place d'une autorité indépendante au Royaume-Uni s'explique par la volonté d'assurer l'impartialité de l'action de l'État en séparant les fonctions politiques et opérationnelles (1). De surcroît, de manière plus immédiate, les réformateurs se sont inspirés, dans leur œuvre, de certains modèles institutionnels existants (2). Enfin, dans le secteur des médias, l'indépendance s'explique par la volonté d'éviter toute exploitation politique de ceux-ci (3).

1 — La volonté de séparer les fonctions politiques et opérationnelles

149. Le secteur aérien est exemplaire de cette volonté de séparer les fonctions politiques et opérationnelles en créant une autorité intermédiaire en charge du contrôle lorsque l'État est lui-même opérateur. Ainsi, la création de la Civil Aviation Authority⁵⁷⁸, créée par le Civil Aviation Act de 1971⁵⁷⁹, ne peut se comprendre que dans ce cadre.

La création de cette autorité résulte de l'insatisfaction envers la précédente institution, le Air Transport Licensing Board (A.T.L.B.)⁵⁸⁰, qui était un *tribunal*. C'est la Commission Edwards chargée de faire des recommandations sur l'avenir du transport aérien dans les années 1970 qui proposa la création d'une nouvelle autorité, la Civil Aviation Authority⁵⁸¹. Différents choix furent envisagés par la Commission : renforcer l'A.T.L.B., remettre toutes les fonctions à l'intérieur du gouvernement, diviser la réglementation du secteur en deux autorités indépendantes ou enfin créer une nouvelle agence regroupant toutes les fonctions. Le renforcement de l'autorité fut rejeté, car il ne résolvait pas le problème de la séparation des fonctions de réglementation technique et économique. L'existence d'un secteur public important empêcha aussi le retour de ces fonctions au sein du gouvernement, car les compagnies indépendantes auraient pu craindre de n'être pas traitées de manière impartiale. Cet argument est important, il montre bien qu'une justification de l'indépendance des autorités de régulation s'explique à l'origine par l'existence d'un secteur dual où l'État agit aussi comme opérateur⁵⁸². En outre, le régime de la fonction publique aurait dû s'appliquer et aurait pu empêcher de recruter des éléments de qualité en leur proposant des traitements attractifs. Le choix de l'autorité indépendante s'est imposé. Il offre l'avantage, d'une part de clarifier les fonctions en réservant au gouvernement la fonction politique. Le gouvernement serait ainsi obligé de définir clairement sa politique pour en confier la réalisation à la future Civil Aviation Authority. D'autre part, cette option permet de surmonter les rigidités du droit de la fonction publique en terme de gestion des carrières et des rémunérations.

150. L'idée d'une autorité indépendante était nouvelle à l'époque. La Commission Edwards releva ainsi les problèmes « constitutionnels » que cela pouvait poser⁵⁸³, notamment en raison du principe de responsabilité ministérielle. Justement, pour la Commission Edwards la création d'une autorité indépendante permet de recentrer la mission des ministres sur la définition de la politique. Par ailleurs, la Commission s'est sentie légitimée et encouragée dans son choix par les réflexions du rapport Fulton qui, pour la première fois, proposa

⁵⁷⁸ V. HL Deb 27 April 1981 vol 419 cc1032-89, §1086.

⁵⁷⁹ V. Civil Aviation Act 1971 (c. 75)

⁵⁸⁰ V. Civil Aviation (Licensing) Act de 1960 (c. 38).

⁵⁸¹ V. Report of the Committee of Inquiry into Civil Air Transport, Chairman: Professor Sir Ronald Edwards, British Air Transport in the Seventies, Session: 1968-69, Cmnd. 4018, Chap. 19, §984 suiv..

⁵⁸² V. Rapport Edwards, préc., §1002.

⁵⁸³ V. Rapport Edwards, préc., p. 253, §1031 suiv..

l'externalisation de certaines fonctions étatiques⁵⁸⁴. Le Royaume-Uni commençait à l'époque à réfléchir à mettre en place une politique plus systématique d'autorités indépendantes. Le rapport Fulton considéra en effet la question de savoir si certaines fonctions ne devaient pas être externalisées, séparées organiquement des départements ministériels. Cette séparation se justifie par la nécessité de bien identifier les fonctions de chaque unité des départements ministériels.

151. La réponse du gouvernement aux propositions du rapport Edwards prit la forme d'un livre blanc⁵⁸⁵. Le livre blanc reprend à son compte la nécessité d'affecter les compétences de réglementation du secteur à une autorité indépendante. Le gouvernement semble convaincu par l'argument mettant en avant la dualité des opérateurs public et privé. « Une autorité indépendante, dit-il, pourra parler avec autorité à et au nom de l'industrie »⁵⁸⁶. En outre, le gouvernement semble acquis au besoin de séparer les fonctions politiques des fonctions de surveillance du secteur.

2 — *L'utilisation de modèles institutionnels existants*

152. Le modèle interne qui a servi de référence fut l'Office of Fair Trading⁵⁸⁷. Comme dans le cas des services publics en réseau l'organisme est présidé par un Directeur général, nommé par le gouvernement et qui nomme à son tour un bureau ou *office*. La régulation est personnalisée, ce qui n'est pas le cas de l'aviation, mais ce qui sera le modèle pour les futures autorités sectorielles des années 1980. L'indépendance de l'autorité de la concurrence s'explique par le caractère spécialisé de sa mission et le besoin de continuité dans son action⁵⁸⁸.

153. Dans les domaines étudiés, l'idée d'instituer une instance séparée du ministère est venue progressivement. Le rapport Beesley de janvier 1981 ne mentionne pas cette configuration. Il ne parle que du département d'État⁵⁸⁹. En février 1983, le rapport Littlechild⁵⁹⁰ n'aborde pas non plus ce problème. La première annonce de la création d'une instance de surveillance date de juillet 1982. Dans son discours au Parlement sur l'avenir des télécommunications, Patrick Jenkin affirme que : « Il y aura un nouvel Office des télécommunications, sur le modèle de l'Office of Fair Trading, dirigé par un Directeur général nommé par mes soins. Ses pouvoirs seront similaires à ceux du Director General of Fair Trading. Il jouira du même degré d'indépendance par rapport au gouvernement »⁵⁹¹. On peut trouver des éléments antérieurs

⁵⁸⁴ V. The Civil Service, Report of the Committee on the Civil Service, 1966-68, présidé par J. S. Fulton of Falmer, (Committee on the Civil Service), 1967-68, Cmnd. 3638.

⁵⁸⁵ V. Board of Trade, Civil aviation policy, 1969-70, Cmnd. 4213.

⁵⁸⁶ V. Board of Trade, Civil aviation policy, pp. 29-30, §89.

⁵⁸⁷ V. notam. HC Deb 29 July 1982 vol 28 cc1434-40, §1435. V. aussi T. Prosser, Law and the regulators, préc., p. 46, et C. D. Foster, Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly, préc., p. 124.

⁵⁸⁸ V. The Minister for Trade and Consumer Affairs (G. Howe), HC Deb 13 December 1972 vol 848 cc453-577 453, §454.

⁵⁸⁹ V. Liberalisation of the use of British Telecommunications Network: report to the Secretary of State, January 1981, de M. E. Beesley, London, H.M.S.O., 1981, notam. la section VIII « Regulation and control », p. 33.

⁵⁹⁰ V. Regulation of British Telecommunications' profitability: report to the Secretary of State, February 1983, par Stephen C. Littlechild, London, Dept. of Industry, 1983.

⁵⁹¹ V. The future of telecommunications in Britain, 1981/82, Cmnd. 8610, p. 2. Traduction libre de : « Instead, there will be a new Office of Telecommunications, modelled on the Office of Fair Trading, under a Director General appointed by me. He will have powers similar to those of the Director General of Fair Trading. He will operate with the same degree of independence from Government »

indiquant l'intention du gouvernement de créer une autorité indépendante : ainsi, Lord Byers, en 1981, évoque la nécessité de créer une autorité indépendante pour assumer les missions de l'État⁵⁹² ce qui montre que la réflexion sur le rôle de l'État est parallèle à l'ouverture à la concurrence du secteur. La mission ne pouvait pas non plus être attribuée au gouvernement. En effet, le modèle choisi pour l'ouverture à la concurrence était basé sur l'autorisation administrative préalable. British Telecom hérita de l'ancien Post Office le pouvoir d'attribuer des licences aux opérateurs publics et privés qui utilisaient son réseau. Aussi, les concepteurs de la réforme en conclurent que, si British Telecom devait être privatisé, il devrait lui aussi détenir une licence⁵⁹³. Par conséquent British Telecom ne pouvait plus détenir ce pouvoir d'octroyer les autorisations ; il fallut le lui retirer. La décision de ne pas remettre ce pouvoir au gouvernement est une décision politique pour Foster. D'après cet auteur, c'est au départ au Director General of Fair Trading que la tâche de surveiller le secteur des télécommunications fut d'abord proposée, mais celui-ci en déclina l'offre, alléguant qu'il avait déjà bien assez à faire avec ses propres missions. Aussi, un organisme semblable fut-il mis en place⁵⁹⁴ qui constitua ensuite le modèle pour toutes les autorités de régulation sectorielles jusqu'à ce que le modèle de la régulation personnalisée soit remis en question.

3 — *Le problème de l'exploitation politique des médias*

154. Dans le secteur des médias, les raisons de l'indépendance sont évidentes : il s'agit de protéger les citoyens contre une exploitation politique des médias. Au Royaume-Uni, la conscience de la nécessité de préserver l'indépendance de la B.B.C. est très précoce puisqu'elle date de sa création. Toutefois, le degré d'indépendance de l'Independent Television Authority est très relatif. L'indépendance de cette instance est davantage accusée envers le marché qu'envers le gouvernement qui garde des pouvoirs importants. L'indépendance des différentes instances en charge du secteur ira grandissante depuis l'Independent Television Authority jusqu'à Ofcom en passant par l'Independent Television Commission des années 1990. Une raison essentielle de l'indépendance est aussi le choix du modèle institutionnel de l'établissement public⁵⁹⁵, ce qui en constitue aussi une limite.

155. L'indépendance se présente donc au départ comme une réponse pragmatique au problème de la dualité du secteur : là où l'État reste opérateur, il ne peut être en même temps chargé de la réglementation. Avant d'être un principe juridique, cet impératif s'est imposé naturellement. Des modèles ont aussi pu être utilisés pour mettre en place les autorités sectorielles. C'est bien le pragmatisme qui motive au départ ces choix, sauf dans le secteur audiovisuel où l'indépendance est ancienne et bien ancrée. En France, quelles raisons les politiques avancent-ils pour justifier l'attribution du contrôle de ces secteurs à une autorité indépendante ?

⁵⁹² V. HL Deb 27 April 1981 vol 419 cc1032-89 ; §1049.

⁵⁹³ Ce raisonnement est prêté au Gouvernement anglais par C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc. p. 124, au point 2.

⁵⁹⁴ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., pp. 124-125 ; C. Graham, *Privatization in the U.K.*, art. préc., p. 207 ; T. Prosser, *Law and the regulators*, préc., p. 46 (ces deux derniers auteurs utilisent comme source Foster pour avancer cette thèse).

⁵⁹⁵ V. « Here the form of the commission was derived closely from the model of the public corporation used for public enterprises with a view to distancing the regulator from direct governmental intervention; the B.B.C. Board of Governors was another important influence » (V. T. Prosser, *Law and the regulators*, préc., p. 44).

156. En France, les raisons de l'indépendance des autorités de régulation sont doubles. D'une part, cette indépendance se justifie par le besoin d'isoler, de protéger le secteur des influences politiques. D'autre part, elle s'explique par la suite, dans le cadre d'un marché de plus en plus concurrentiel, par le besoin d'assurer l'impartialité de l'action de l'État. Ainsi, en matière audiovisuelle, l'indépendance tient d'abord à la volonté d'éviter une exploitation politique de l'audiovisuel « en créant des structures nouvelles dont la fonction première est d'établir l'indépendance de la communication audiovisuelle »⁵⁹⁶. Dans la loi de 1982, il s'agit avant tout d'assurer l'indépendance du service public puisqu'aucune chaîne privée n'existe encore. En 1986, cet impératif existe encore,⁵⁹⁷ mais il est complété par un autre enjeu, la nécessité de développer le marché. Les relations entre pouvoirs politique et audiovisuel ont ainsi « pour effet de freiner le développement des nouvelles techniques et des nouveaux services »⁵⁹⁸. L'enjeu économique est en effet au cœur de la réforme de 1986⁵⁹⁹. En outre, c'est désormais à la C.N.C.L. qu'il incombe d'attribuer les autorisations dans de nombreux domaines et non plus au gouvernement⁶⁰⁰. Là encore, l'indépendance permet d'éviter tout conflit d'intérêts dans le cadre d'un marché où l'État est encore opérateur. La C.N.C.L. bénéficie ainsi d'une indépendance renforcée par rapport à la Haute autorité : « Bénéficiant d'une « totale indépendance par rapport au pouvoir politique », grâce à une composition élargie et pluraliste, la C.N.C.L. était dotée des compétences juridiques nécessaires pour lui permettre d'encadrer et d'orienter le développement du secteur audiovisuel »⁶⁰¹.

157. La dernière loi, du 17 janvier 1989⁶⁰², va fixer la physionomie presque définitive de l'autorité en charge de l'audiovisuel, le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cette nouvelle loi laisse la loi précédente en vigueur (le texte fondamental reste donc la loi dite « Léotard »). La loi vise à renforcer l'indépendance de l'autorité qui est d'ailleurs qualifiée, pour la première fois, par la loi, d'« autorité indépendante »⁶⁰³. Le statut des membres est ainsi renforcé. Le remplacement de la C.N.C.L. par le C.S.A. s'explique en effet par le soupçon de partialité qui a pesé sur la première autorité depuis sa création, un « remplacement brutal de la Haute

⁵⁹⁶ V. B. Schreiner, rapporteur de la loi, JORF, Débats parlementaires, Assemblée nationale, mardi 27 avril 1982, 1^{re} Séance du lundi 26 avril 1982, p. 1300 (2^e colonne).

⁵⁹⁷ V. M. Péricard, rapporteur de la loi, JORF, Débats parlementaires, Assemblée nationale, lundi 4 août 1986, 1^{re} séance, p. 3989 et p. 3991.

⁵⁹⁸ V. M. Péricard, préc., p. 3991.

⁵⁹⁹ V. le discours du ministre de la Culture, lundi 4 août 1986, 1^{re} séance, p. 4003.

⁶⁰⁰ La C.N.C.L. se voit attribuer le pouvoir d'attribuer les autorisations dans le domaine des télécommunications (elle autorise l'établissement et l'utilisation des installations de télécommunication autres que celles de l'État pour l'usage privé des demandeurs) et de l'audiovisuel (services diffusés par voies hertziennes et satellitaires) et l'exploitation de réseaux câblés. Elle autorisait en outre l'usage de certaines bandes de fréquences (V. Lamy droit des médias et de la communication, tome 2, n°321-38).

⁶⁰¹ V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », L'actualité juridique - Droit administratif, 20 février 1989, pp. 59-76, ici p. 60. V. aussi B. Delcros, B. Vodan, « Le régime des autorisations dans la loi relative à la liberté de communication », R.F.D.A., 1987, pp. 386-398 ; J.-P. Delivel, H. Rony, « La C.N.C.L. et la régulation de la communication audiovisuelle », R.F.A.P., n° 44, 1987, p. 719-731.

⁶⁰² V. les commentaires suivants : E. Derieux, « Réforme du statut de la communication audiovisuelle en France, La loi du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », R.D.P., n°1, 1990, pp. p.133-151 ; J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », Actualité Juridique – Droit administratif, 20 février 1989, pp. 59-76.

⁶⁰³ V. article 1^{er} al. 2 de la loi de n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication tel que modifié par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 88-1087 du 30 septembre 1988 relative à la liberté de communication.

autorité »⁶⁰⁴, et ses premières décisions de nomination des présidents de chaîne, d'attribution des « réseaux de la Cinq et de la Six à des groupes constitués respectivement autour de Robert Hersant et de la C.L.T. [...] puis de la cession des 50 % de TF1 au groupe conduit par Francis Bouygues »⁶⁰⁵. La loi de 1989 manifeste un large consensus politique autour de l'idée de « régulation indépendante »⁶⁰⁶. Cette loi n'introduit donc pas d'innovation dans la conception que les politiques ont de l'indépendance et des motivations qui la rendent nécessaire. Elle renforce l'indépendance de l'instance en charge de l'audiovisuel sans en modifier fondamentalement les missions⁶⁰⁷.

158. L'analyse des motifs expliquant l'attribution de garanties d'indépendance aux autorités de régulation amène donc à conclure que celle-ci résulte, au départ, et avant même l'intervention du droit de l'Union européenne, de la nécessité d'assurer l'impartialité de l'action d'un État encore opérateur sur le marché. La volonté d'ouvrir ces secteurs à la concurrence imposait de donner au marché des garanties dont l'indépendance faisait partie. Cette position a d'ailleurs été confirmée par Patrick Jenkin qui a piloté cette réforme dans le gouvernement Thatcher de 1981 à 1983 en tant que Secrétaire d'État à l'Industrie : « le besoin primordial de rassurer le marché sur l'impartialité de la réglementation, son caractère professionnel et libre de toute interférence ministérielle » est ainsi à l'origine de cette indépendance. En France aussi, à partir de 1986, cet impératif commence à émerger. Cette explication est partagée par Hubert Delzangles⁶⁰⁸.

L'indépendance n'est pas le seul caractère saillant de ces autorités. Elles sont aussi dotées d'une fonction contentieuse dont il faut à présent analyser les raisons d'être.

II — Des autorités dotées d'une fonction contentieuse

Comment s'explique et comment est pensée l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation au Royaume-Uni et en France ?

L'analyse de la fonction contentieuse des autorités de régulation sera menée en deux temps. Il faudra d'abord étudier la fonction coercitive des autorités de régulation (A) avant d'étudier celle de règlement des différends (B).

A — Les caractères et l'évolution des pouvoirs coercitifs des autorités de régulation

159. Comment manifester la spécificité de cette fonction tout en rendant compte de son évolution ? Il faut d'abord partir du constat que la spécificité de la fonction coercitive des autorités de régulation (qui la distingue des autorités de concurrence et de celle des marchés

⁶⁰⁴ V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », p. 60.

⁶⁰⁵ V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », préc., p. 60.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁰⁷ Les nouvelles missions du C.S.A. sont clarifiées et réécrites. La loi affirme le principe de liberté de la communication et autorise des dérogations à celles-ci pour deux séries de principes : « d'une part le respect de certains droits fondamentaux (...) ; d'autres part, la défense de certains intérêts majeurs (...) à côté de la sauvegarde de l'ordre public, des besoins de la défense nationale et des exigences de service public » (V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », préc., p. 70).

⁶⁰⁸ V. H. Delzangles, L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes, thèse préc., p. 99.

financiers⁶⁰⁹) est qu'elle repose en grande partie sur l'existence d'un lien préalable, une autorisation administrative préalable⁶¹⁰. En conséquence, pour montrer la spécificité des pouvoirs coercitifs des autorités de régulation, il faut commencer par étudier les caractères des pouvoirs coercitifs fondés sur un lien préalable dans les deux pays. Cette analyse fixera un point de départ pour mesurer cette spécificité et montrer l'évolution, le cas échéant, de ces pouvoirs. Deux pouvoirs feront plus particulièrement l'objet de développements ici, le pouvoir de sanction et celui de mise en demeure, car il s'agit des pouvoirs particulièrement saillants, dont les autorités de régulation disposent.

1 — Le point de départ : le droit commun de la fonction coercitive des autorités administratives en droit anglais et français

Même si le droit commun de l'exécution concernant les autorisations administratives préalables, présente des similitudes en France et au Royaume-Uni, il faudra exposer successivement l'état du droit français (a) puis celui du droit anglais (b).

a - Le cas français

Après avoir étudié le pouvoir de sanction dont dispose l'Administration lorsque celle-ci est liée à un administré par une autorisation préalable (i), le pouvoir de mise en demeure sera exposé (ii), ce qui permettra d'établir la nature des pouvoirs dont dispose l'Administration en vertu d'une autorisation administrative préalable (iii).

i — Le pouvoir de sanction associé à l'autorisation administrative préalable

160. La coercition associée à une autorisation administrative préalable a plusieurs caractéristiques. Elle possède d'abord une véritable légitimité juridique par rapport à la répression qui se déploie, sans lien préalable, dans l'ordre juridique général, comme on peut le voir dans le domaine de la concurrence ou des marchés financiers. Comme le signale Jean-Marie Auby, « on ne saurait condamner sans réserve les sanctions administratives. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un État libéral, à la condition que leur domaine d'application soit étroitement limité, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la répression pénale ». Le Doyen de Bordeaux ajoute ensuite que cette légitimité ne peut être accordée que si la sanction administrative s'exerce dans le cadre « d'un lien individualisé entre l'Administration et l'intéressé : ce dernier collabore par exemple à l'exécution d'un service public, il bénéficie d'une autorisation accordée par l'Administration ou d'une prestation versée par elle », car « le pouvoir disciplinaire ne pourrait s'appliquer aux relations générales de l'État et des citoyens

⁶⁰⁹ À l'exclusion des fonctions disciplinaires des autorités des marchés financiers qui visent les professionnels de ces marchés.

⁶¹⁰ Aujourd'hui, le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel a été étendu à des acteurs qui ne sont pas autorisés par lui (V. Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle, article 42 qui mentionne les opérateurs de réseaux satellitaires). De même, le régime d'autorisation dans le secteur des communications électroniques est devenu un régime déclaratif. Mais ces concessions ne modifient pas fondamentalement la conclusion : à la différence des autorités de concurrence ou des marchés financiers (à l'exception de la répression qui touche les prestataires de services d'investissement), la répression mise en œuvre par les autorités sectorielles se déploie dans le cadre d'un lien préalable.

sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal »⁶¹¹. Or, au cas présent, les pouvoirs coercitifs du Conseil supérieur de l'audiovisuel — et des autorités créées ultérieurement — ne peuvent s'exercer qu'à l'égard des « titulaires d'une autorisation »⁶¹² que celui-ci a la charge d'octroyer, confirmant ainsi que « toute personne qui entre en relation avec l'Administration se place ainsi dans la sphère où s'exerce le pouvoir disciplinaire de celle-ci »⁶¹³.

161. Ensuite, la deuxième caractéristique est que les obligations que doivent respecter les personnes titulaires d'une autorisation sont en principe contenues dans le titre lui-même. Ce principe n'est pas exactement respecté en France dans le cadre des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel, car les moyens coercitifs de cette instance peuvent être mis en œuvre pour assurer le respect des « textes législatifs et réglementaires ». On peut toutefois supposer que ces principes peuvent être repris dans l'autorisation elle-même.

162. Enfin, dernière caractéristique de cette répression pour Jean-Marie Auby, « la sanction administrative ne peut s'appliquer qu'à l'objet même des relations spéciales qui fondent le pouvoir disciplinaire, à la carrière d'un agent public, à l'exécution d'un marché par un entrepreneur, au titre ou à la prestation administrative »⁶¹⁴. Jacques Mourgeon est de la même opinion⁶¹⁵.

L'appréciation de Jean-Marie Auby se retrouve en droit positif, dans la mise en place du régime coercitif associée à l'autorisation préalable.

163. L'encadrement du régime coercitif associé à l'autorisation administrative préalable s'est construit progressivement⁶¹⁶. L'hypothèse du retrait n'a tout d'abord pas posé beaucoup de problèmes. En effet, « elle n'est que l'application d'un principe certain, celui qui veut que tout acte subordonné à une condition tombe si celle-ci n'est pas remplie »⁶¹⁷, « ce motif n'est que l'application des principes généraux du droit »⁶¹⁸. Elle a été affirmée précocement et sûrement

⁶¹¹ V. J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », Dalloz, chron. XXV, 1952, pp. 111-118, ici p. 112. Cette spécificité est aussi relevée par B. Genevois dans son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi créant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (V. B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 De du 17 janvier 1989) », RFDA, 5 (2). Mars-avr. 1989, pp. 215-228, ici p. 221 : « L'existence d'un lien entre l'autorisation administrative et la reconnaissance au profit de l'autorité administrative d'un pouvoir de sanction se trouve en harmonie avec la justification portée en doctrine aux sanctions administratives »). V. aussi les conclusions de M. Guyomar sous l'arrêt Benkerrou (RFDA, 2004, p. 913). V. aussi cette appréciation de M. Degoffe : « la sanction doit atteindre le sanctionné dans le lien qu'il entretient avec l'institution ou avec la réglementation » (Droit de la sanction non pénale, Économica). V. aussi J. Du Bois de Gaudusson, L'usager du service public administratif, Coll. Bibl. de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 115, 1974, spéc. p. 252 suiv..

⁶¹² V. article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la communication modifiée par la loi du 17 janvier 1989 (article 19).

⁶¹³ V. M. Waline, note sous l'arrêt Du Hays du 12 juillet 1929, D. 1939.III.21, ici p. 22.

⁶¹⁴ V. J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », préc., p. 112.

⁶¹⁵ V. J. Mourgeon, La répression administrative, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 75, 1967, pp. 483-485.

⁶¹⁶ Ces développements sont largement basés sur la note de M. Waline sous Conseil d'État, 12 juillet 1929, Du Hays, D. 1930.III.21.

⁶¹⁷ V. M. Waline, note sous C.É., 12 juillet 1929, Du Hays, D. 1930.III.21, ici p. 21. V. aussi C.É., Sect., 25 juillet 1975, ministre de l'Équipement c/ Sieur Richoux, p. 429 (« l'exigence d'un agrément comporte nécessairement, pour l'autorité qui le donne, le pouvoir de le retirer lorsque le titulaire cesse de remplir les conditions mises à son octroi ») ; v. aussi C.É., 23 mai 1997, Société Amérique Europe Asie, p. 196).

⁶¹⁸ V. R. Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Paris, Payot, Bibliothèque technique, 1926, p. 324. Tous les arrêts cités ne peuvent néanmoins pas être tous considérés comme illustrant le cas de retrait-sanction. R. Alibert cite comme arrêts C.É., 29 janvier 1897, Société

par les juges⁶¹⁹ et réaffirmée très nettement⁶²⁰. Il n'est pas le moment de déterminer si ce retrait a un caractère répressif ou non qui engendrerait éventuellement l'observation par l'Administration de procédures protectrices. Il nous importe seulement ici de constater que l'Administration possède un tel pouvoir pour faire respecter le titre qu'elle a délivré. Toutefois, ce pouvoir n'est pas aisé à manier et l'Administration peut être réticente à l'utiliser en considération des conséquences qu'il emporte. La jurisprudence a donc été amenée à reconnaître la possibilité de suspendre l'autorisation, mais cette reconnaissance fut très progressive : le Conseil d'État a d'abord reconnu la possibilité d'insérer dans l'autorisation même une disposition prévoyant la suspension⁶²¹ ; ensuite le juge affirme que la suspension ne constitue par une faute pouvant engager la responsabilité de l'État⁶²² ; enfin, l'arrêt Du Hays affirme clairement et nettement cette possibilité⁶²³. Cette jurisprudence, limitée au

du Gaz de Saint-Amand, Rec. p. 57 ; C.É., 1^{er} juillet 1898, Brillomis, Rec. p. 498 ; C.É., 7 avril 1911, Compagnie Générale des Eaux, Rec. p. 439 ; C.É., 4 avril 1919, Desprès, Rec. p. 348.

⁶¹⁹ M. Waline cite des références des deux ordres de juridiction pour affirmer cette possibilité. Le juge judiciaire (Cass., crim., 13 juillet 1850, Min. pu. c. veuve Bonnet, D. P. 1850.I.253-254) tout comme le juge administratif (les plus anciens arrêts, à notre connaissance, autorisant la destruction d'ouvrages non conformes à une autorisation ou non autorisés, sont : C.É., 24 août 1832, Rivière (P. adm. chr.) ; C.É., 21 déc. 1837, Avignon, S. 38.2.27.5, P. adm. chr. ; C.É., 10 mai 1860, Musellec, S. 61.2.173. P. adm. chr. ; C.É., 24 déc. 1880, Besnard-Beaupré, D. 32.3.36 ; C.É., 26 déc. 1891, Combeau, Recueil Lebon chr. p. 818 cités in Répertoire général alphabétique du droit français, L. Larose (Paris), 1886-1924, tome 33, p. 216, n° 444 ; C.É., 12 février 1857, Lavalesquerie, Recueil Lebon pp. 136-137. V. aussi les textes et les arrêts cités par A. Gervais, Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public, Thèse, Droit, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1942, pp. 110-117. On peut citer un arrêt très significatif du Conseil d'État où celui-ci annule un arrêté de retrait car « dans ces circonstances, aucune faute ou négligence n'étant établie à la charge du concessionnaire, c'est à tort que l'arrêté attaqué a prononcé contre les ayants-droit le retrait de la permission » (C.É., 13 juin 1902, Assier de Pompignan, Recueil Lebon p. 442). Pour une application comme sanction au non-respect des obligations professionnelles des chauffeurs de taxi : C.É., 15 mai 1936, Belot, D. 1937.III.1 et la note de M. Waline.

⁶²⁰ V. par exemple dans le cas d'un agrément : l'institution d'un régime d'agrément « comporte nécessairement le pouvoir (...) de retirer l'agrément accordé, notamment lorsque les conditions auxquelles est subordonné ledit agrément cessent d'être remplies » (C.É., 2 juillet 1958, Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de produits laitiers, Recueil Lebon p. 407, cité par M. Lefondré, Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, Thèse, Caen, 1973, p. 446). V. aussi C.É., 4 octobre 1999, Groupement agricole d'exploitation en commun Bailly, n° 197190).

⁶²¹ C.É., 14 août 1871, Couillaud, Recueil Lebon p. 126 : « Considérant que, des termes mêmes de la disposition ci-dessus rappelée, il résulte que l'administration n'a pas entendu substituer son action à celle des juges compétents pour constater et réprimer les contraventions qui pourraient être commises par les usiniers, mais qu'elle a seulement entendu rappeler les pouvoirs de police qui lui appartiennent et en vertu desquels elle pourrait s'opposer à tout empêchement porté au libre écoulement des eaux par des ouvrages non autorisés » (p. 127). V. sur cet arrêt l'accueil de la doctrine qui y voit la reconnaissance d'un véritable pouvoir de sanction administrative : A. Carcassonne, Du régime légal des cours d'eau non navigables ni flottables au point de vue de l'agriculture et de l'industrie, en droit français, Paris, A. Derenne, 1882, pp. 155-156 ; C.É., 12 mars 1875, Dame Étienne, Rec. du C.É., p. 247, cité par M. Waline dans sa note (D. 1930.III.21, ici p. 22).

⁶²² C.É., 5 février 1992, Mérat-Renard, Recueil Lebon p. 117. Cet arrêt applique le principe que l'erreur dans l'application d'une mesure de police n'entraîne pas la responsabilité de l'Administration (Jurisprudence générale, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz, Tome 15, p. 543, n° 392).

⁶²³ V. « Le préfet, en prononçant, pour violations des conditions de l'autorisation, la mise au chômage d'un moulin, n'excède pas ses pouvoirs ». V. aussi M. Waline, Manuel élémentaire de droit administratif, Sirey, 1936, p. 363 ; note sous C.É., 15 mai 1936, Bélot, D. 1937.III.1, surtout p. 2

domaine des autorisations de prise d'eau, peut être étendue à tous les domaines où l'on trouve un système d'autorisation⁶²⁴.

164. Qu'en est-il aujourd'hui ? L'autonomie du régime coercitif associé à l'autorisation administrative préalable est bien illustrée par l'arrêt ministre de l'Intérieur c. Benkerrou⁶²⁵. Le Conseil d'État juge que « le décret du 17 août 1995 a pu légalement prévoir que la carte professionnelle de conducteur de taxi pouvait être retirée par l'autorité administrative non seulement lorsque son titulaire ne remplirait plus les conditions mises à sa délivrance — ce que cette autorité aurait, même sans texte, le pouvoir de faire —, mais aussi à titre de sanction dans le cas où l'intéressé ne respecterait pas la réglementation applicable à la profession ». Les conclusions de Mattias Guyomar éclairent très opportunément cet arrêt et ce propos : « la compétence du pouvoir réglementaire pour créer un tel titre [une carte professionnelle] implique nécessairement celle d'en prévoir le retrait à titre disciplinaire »⁶²⁶. L'argumentation du commissaire est justement basée sur l'existence d'un lien préalable entre l'Administration et l'administré : « Nous croyons en effet que lorsqu'il est compétent pour fixer les règles d'exercice d'une profession, le pouvoir réglementaire l'est également, eu égard au lien spécial qui existe entre l'administration et le professionnel, pour instituer un régime de sanction administrative »⁶²⁷. Ce lien spécial permet de définir un régime particulier aux sanctions qui procèdent d'une autorisation administrative préalable, qui auraient dès lors un régime distinct tant des sanctions contractuelles que des sanctions qui s'exercent dans l'ordre juridique général comme c'est le cas des sanctions du Conseil de la concurrence ou de l'Autorité des marchés financiers. Mattias Guyomar ajoute bien : « La reconnaissance d'un pouvoir répressif inhérent à l'activité administrative doit être limitée aux hypothèses dans lesquelles existent des relations spéciales entre l'administration et la personne susceptible de faire l'objet d'une sanction ».

165. Cet exposé montre bien que les pouvoirs coercitifs qui s'attachent à une autorisation administrative ont une particularité tenant à leur objet : ils portent sur le lien qui unit le permissionnaire à l'Administration, l'autorisation elle-même. Celle-ci peut être suspendue ou retirée. Il s'agit de pouvoirs dont dispose l'Administration⁶²⁸. Il semble toutefois que, sous

⁶²⁴ V. par ex. sur le pouvoir de résiliation après mise en demeure pour sanctionner un manquement aux obligations contenues dans l'autorisation, J.-M. Peyrical, « Les conventions d'occupation domaniale », *Encyclopédies des collectivités locales*, n°111 suiv..

⁶²⁵ V. Conseil d'État, Ass., 7 juill. 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou (n°255136, Lebon p. 297) : V. les conclusions de M. Guyomar, RFDA, 2004, pp. 913-921 ; les notes de M. Degoffe et A. Haquet, RFDA, 2004, pp. 1130-1136 ; C. Landais et F. Lenica, AJDA, 2004, p. 1695 ; E. Breen, *Droit administratif*, nov. 2004, pp. 27-29 ; A. Saillard, L.P.A., n°226-227, 11-12 nov. 2004, p. 13 ; M. V. C.J.E.G., n° 615, déc. 2004, pp. 545-549 ; C. Guettier, *Revue du droit public*, 2005, n° 2, pp. 500-506 ; A. Ondoua (sous la dir. de C. Boiteau), JCP G, 2004, n° 49, I, 185, p. 2196.

⁶²⁶ V. les conclusions de M. Guyomar préc., RFDA 2004, p. 913.

⁶²⁷ V. les conclusions de M. Guyomar préc., RFDA 2004, p. 913. Il faut rapprocher cette solution d'une décision du Conseil constitutionnel du 29 septembre 2011 : M. Michael C. et autre [Renvoi au décret pour fixer certaines dispositions relatives à l'exercice de la profession d'avocat], n° 2011-171/178 QPC, cons. 6 : « il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, le législateur a entendu, en l'espèce, que les fautes disciplinaires des avocats puissent faire l'objet de sanctions comprenant, le cas échéant, l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer leur activité ; que, dès lors, en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires qui, par leur objet et leur nature, sont en rapport avec l'exercice de cette profession réglementée, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ».

⁶²⁸ V. l'avis de J.-M. Auby.

l'empire de la Constitution de 1958, un critère supplémentaire soit requis, il faut que le pouvoir de réglementation de la profession soit du domaine réglementaire⁶²⁹.

166. En revanche, l'Administration ne dispose en propre d'aucun pouvoir extérieur à ceux-ci, qu'il s'agisse de l'exécution forcée de ces obligations ou encore de pouvoirs de sanctions pécuniaires. En dehors de la voie pénale et de la suspension ou du retrait de l'autorisation administrative, l'Administration ne dispose d'aucun autre pouvoir d'exécution. Ce principe a été affirmé très tôt par les juridictions criminelles⁶³⁰. En somme, en vertu d'une autorisation administrative, l'Administration dispose en propre, c'est-à-dire en dehors de ceux qu'elle peut obtenir du juge pénal, de pouvoirs qui ne portent que sur ce titre, l'autorisation, qu'elle ne peut que suspendre ou retirer. Dispose-t-elle d'un pouvoir de sanction pécuniaire, puisque c'est cette innovation que consacre la loi de 1989 instituant le Conseil supérieur de l'audiovisuel ? La jurisprudence ancienne du Conseil d'État est claire sur ce point : dans le silence des textes, ni l'Administration, ni même le juge administratif ne sont compétents pour prononcer des sanctions pécuniaires. Cette solution est ancienne, elle fut appliquée par le Conseil d'État aux anciens Conseils de préfecture⁶³¹. Il s'agit d'une question de légalité, mais aussi de logique liée à l'autorisation : « Par sa nature, affirme Mattias Guyomar, la sanction pécuniaire produit des effets qui dépassent le seul exercice de la profession »⁶³² ; alors que les sanctions traditionnellement attachées à l'autorisation administrative préalable ont pour objet

⁶²⁹ V. Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber. V. le comm. de L. Janicot, « Formes et procédures administratives non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? Une fausse idée claire », AJDA 2010 p. 540. L'arrêt juge que, lorsque la loi est compétente, elle l'est pour déterminer le « régime des sanctions » : « lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les sanctions encourues que les éléments constitutifs des infractions que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ».

⁶³⁰ V. l'arrêt cité par M. Waline dans sa note sous l'arrêt Belot (D. 1937, 3^e partie, p. 2) : Cass., crim., 7 décembre 1901, Min. pu. c. Second, D.1904.I.286 où il est jugé qu'« un maire ne peut, sans excès de pouvoir, frapper d'une pénalité arbitraire ceux qui contreviennent aux dispositions d'un arrêté municipal ». Cet arrêt ne fait lui-même que rappeler des solutions antérieures du juge pénal : pour une peine de confiscation v. Cass., Crim., 10 févr. 1854, Boyer, D. P. 55.III.44. V. aussi sur ce point Jurisprudence générale, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz, tome 3, v° Commune, pp. 94-95, n° 496.

⁶³¹ V. « Considérant que les Conseils de préfecture sont compétents, aux termes de la loi du 28 février 1805 (...), pour faire cesser les usurpations sur les chemins vicinaux ; mais qu'ils ne le sont pas pour prononcer des amendes contre les auteurs desdites usurpations ; que ces amendes ne peuvent être appliquées aux contrevenants que par les tribunaux de police » (V. C.É., 16 mai 1827, Minvielle, Rec. p. 289, ici p. 290). V. aussi cette autre affirmation : « En ce qui concerne l'amende : - Considérant que le Conseil de préfecture ne pouvait pas la prononcer pour cause de contravention à son premier arrêté » (C.É., 17 août 1825, Bazard, Rec. p. 503, ici p. 506). Il faut noter que les Conseils de préfecture sont des juridictions administratives, les sanctions qu'ils prononcent ne sont donc pas strictement des sanctions administratives puisqu'elles ont la nature de décisions juridictionnelles.

⁶³² V. les conclusions de M. Guyomar préc. sous l'arrêt ministre de l'Intérieur c. Benkerrou (n°255136, Lebon p. 297). La conséquence de la décision Benkerrou a été tirée dans l'arrêt de Section du Conseil d'État du 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée : si les matières sur lesquelles porte la réglementation sont du domaine de la loi, seule celle-ci est compétente pour instituer des sanctions à ces obligations (v. C.É., Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, Lebon p. 290 ; v. les notes de É. Geffray et S.-J. Lieber, A.J.D.A., 2008, n° 33, pp 1812 – 1818).

ce lien spécial. La position du juge administratif n'est différente qu'en matière contractuelle, car ces sanctions obéissent à un régime juridique propre⁶³³.

L'étude du pouvoir de sanction amène à présent à s'interroger sur le pouvoir de mise en demeure qui incombe à l'autorité administrative afin de rappeler au permissionnaire ses obligations.

ii — Le devoir de mise en demeure et l'autorisation administrative préalable

167. Après avoir étudié les pouvoirs de sanction dont dispose l'Administration, il reste à étudier le pouvoir (et le devoir) de mise en demeure. En effet, il apparaît qu'il s'agit d'un pouvoir dont dispose l'ensemble des autorités de régulation françaises et anglaises. L'exigence d'une mise en demeure est en général requise par les textes eux-mêmes, elle est parfois contenue dans l'autorisation. Dans le domaine des réseaux, la mise en demeure bénéficie en France d'un fondement constitutionnel.

168. L'état du droit sur les mises en demeure est des plus incertains et la doctrine s'interroge davantage sur le problème de la recevabilité des recours contre les mises en demeure que sur les hypothèses dans lesquelles celle-ci est ou non exigée⁶³⁴. En matière de police, la mise en demeure est une garantie obligatoire⁶³⁵. En matière contractuelle, de même, « l'administration ne peut prononcer les pénalités qu'après avoir mis le cocontractant en demeure »⁶³⁶.

169. L'exigence d'une mise en demeure a deux fondements juridiques distincts : l'un substantiel et l'autre procédural. Pour le Conseil constitutionnel, l'exigence d'une mise en demeure, au terme d'une réserve d'interprétation neutralisante⁶³⁷, est une garantie liée au principe de légalité des délits et des peines⁶³⁸ ; pour le Conseil d'État, cette exigence résulte de la nécessité d'assurer les droits de la défense.

⁶³³ V. A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, préc., p. 136 suiv., n° 935. En matière contractuelle, les pénalités ont le caractère de dommages et intérêts.

⁶³⁴ V. B. Seiller, « Acte administratif », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n° 329 suiv.. Sur la mise en demeure v. D. Allin, « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP G* 1977.I.2844, C. Laviolle, « Les mises en demeure administratives », *AJDA*, 20 mai 1980, pp. 267-281 ; J. Capiou, « La mise en demeure en droit administratif » in *La forme et la procédure de l'acte administratif*, in *Études coordonnées par G. Dupuis*, Paris, Economica, 1979 ; A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, Thèse, Paris II, n° 229 suiv. ; P. Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 94 suiv. ; N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1987.I.3303 ;

⁶³⁵ V. V. Tchen, « Police administrative », *Jcl Administratif*, fasc. 200, n° 214.

⁶³⁶ V. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, Paris, LGDJ, 1983, 2e éd., p. 137, n° 938. Ce principe peut toutefois être écarté par le contrat.

⁶³⁷ Une réserve d'interprétation neutralisante est une réserve d'interprétation qui « (élimine) une interprétation possible qui serait contraire à la Constitution ». V. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 1998, p. 419 – 420 ; V. aussi « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », Exposé de X. Samuel, Accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007. La loi n'imposait pas en effet le recours à la mise en demeure comme préalable obligatoire à l'engagement de la procédure répressive. L'engagement d'une procédure de sanction intervient aux termes de l'article 42-1 de la loi soit si le titulaire de l'autorisation ne se conforme pas à une mise en demeure soit directement si celui-ci ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent en vertu de la loi. C'est cette alternative que vient neutraliser le Conseil constitutionnel.

⁶³⁸ Le Conseil constitutionnel peut aussi estimer que l'existence d'une mise en demeure constitue une garantie procédurale de nature à rendre une atteinte au droit de propriété compatible avec la Constitution : V. décision n° 84-172 DC, du 26 juillet 1984, *JORF*, 28 juillet 1984, p. 2496. Rectificatif *Journal officiel* du 1er août 1984 ; *Rec.* p. 58, cons. 19).

170. À l'occasion de l'examen de la loi instituant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil constitutionnel a été amené à examiner la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir de sanction à cette instance. Le Conseil déclare à cette occasion que toute sanction ayant le caractère d'une punition doit respecter le principe de légalité des délits et des peines. Il ajoute qu'« Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements. En l'espèce, les pouvoirs de sanctions dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne sont contraires ni à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ni à l'article 34 de la Constitution. En effet, ces pouvoirs ne sont susceptibles de s'exercer qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter leurs obligations, et faute pour les intéressés de satisfaire à ces obligations. En outre, les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont seulement celles résultant des termes de la loi ou celles dont le ressort est expressément imposé par la décision d'autorisation »⁶³⁹. L'exigence d'une mise en demeure comme préalable à l'exercice d'un pouvoir de sanction s'explique, selon Patrick Frydman, par le fait que cette « formalité préalable, s'intercalant entre les faits et leur sanction, est appelée à jouer, *mutatis mutandis*, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du Code pénal — en tant du moins que celui-ci définit l'infraction et non la peine, qui demeure, même en matière administrative, directement définie par la loi. On comprend, dès lors, le rôle de garantie fondamentale reconnu à la mise en demeure par la décision ainsi analysée »⁶⁴⁰. Dans ces conditions, la mise en demeure a « pour objet, dans cette optique, de définir celle des obligations qui se trouve méconnue et non de préciser le contenu même de cette obligation »⁶⁴¹.

171. Le second fondement, que dévoile Patrick Frydman dans ses conclusions, est le fondement procédural : « s'il est vrai que le raisonnement du Conseil constitutionnel est entièrement fondé sur le principe de légalité des délits — c'est-à-dire sur une exigence de fond —, il ne débouche pas moins, par la mise en évidence de la nécessité d'une mise en demeure, sur une pure garantie de procédure, qui doit dès lors être traitée comme telle »⁶⁴².

La conséquence est que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pourra pas sanctionner la première infraction des titulaires d'autorisation à leurs obligations⁶⁴³.

Ce régime révèle la nature spécifique des pouvoirs coercitifs attachés à l'autorisation administrative préalable.

⁶³⁹ V. Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, (JORF du 18 janvier 1989, p. 754 ; Recueil, p. 18), cons. 38. V. les comm. suivants : J.-L. Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *Revue administrative*, 1989, pp. 223-228 ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; et les chron. P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1989 (50), pp. 193 suiv., spéc. pp. 196-197 ; L. Favoreu, *RDP*, 1989, p. 429 et suiv., § 23-25, 65-80, 86, 87, 115, 117-120, 167, 170, 176-180, 190, 194-196, 213, 216 ; L. Favoreu, L. Philip, « Autorités administratives indépendantes », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554-575.

⁶⁴⁰ V. les conclusions de P. Frydman sous l'arrêt C.É., 11 mars 1994, Société La Cinq, req. n° 115052, (AJDA 1994 p. 402, Rec. p. 117) publiées au Recueil p. 119 et à la RFDA, 10 (3), mai-juin 1994, p. 429.

⁶⁴¹ V. les conclusions préc. de P. Frydman sous l'arrêt C.É., 11 mars 1994, Société La Cinq.

⁶⁴² V. les conclusions préc. de P. Frydman sous l'arrêt C.É., 11 mars 1994, Société La Cinq. Cette justification est reprise dans la chron. que C. Maugué et L. Touvet ont consacré à cette décision (AJDA, 1994, p. 370).

⁶⁴³ V. la chron. de C. Maugué et L. Touvet à l'AJDA, 1994, p. 370, ici p. 371 : « La nécessité d'une mise en demeure préalable aboutit à assurer l'impunité du contrevenant lors de la première infraction ».

iii — La nature du régime coercitif associé à l'autorisation administrative préalable

172. Il y a donc un régime coercitif consubstantiel à l'autorisation administrative préalable qui ne peut être qualifiée d'abord de régime répressif : il s'agit avant tout d'un régime de voies d'exécution, c'est-à-dire orienté vers l'exécution des obligations contenues dans l'autorisation. La mise en demeure est à ce point consubstantielle à l'autorisation que le Conseil constitutionnel considère, dans la décision « Entreprise de presse » qu'un régime de mise en demeure associé, en cas de non-respect de celle-ci, à une sanction, équivaut à un régime d'autorisation préalable. La loi prévoyait seulement un régime déclaratif, mais l'existence d'un pouvoir de mise en demeure assorti de sanctions « produit des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable »⁶⁴⁴.

173. On voit aussi ce qui distingue ces autorités d'autres autorités comme les autorités de concurrence et des marchés financiers. Il n'existe en effet aucun lien préalable entre ces autorités et les acteurs du marché, à l'exception des compétences disciplinaires des autorités des marchés financiers⁶⁴⁵ et de la nouvelle procédure d'engagement devant les autorités de concurrence⁶⁴⁶. En conséquence, la répression qu'elles mettent en œuvre se déploie dans l'ordre juridique général, c'est-à-dire dans le cadre d'un régime que l'on appelle répressif, que Léon Duguit appelle un « régime de droit »⁶⁴⁷, c'est-à-dire un régime de liberté dont les abus ne peuvent traditionnellement être sanctionnés que par le juge répressif : « le régime répressif, note Claude-Albert Colliard, est d'autant plus parfait que la répression, confiée aux organes juridictionnels, échappe à la pression du pouvoir exécutif »⁶⁴⁸.

Pourquoi différencier ainsi régime de voies d'exécution et régime répressif, d'autant que la répression peut être considérée comme une voie d'exécution⁶⁴⁹ ? Quelle différence peut-on faire entre ces deux régimes ? On voit d'abord à quel point les modes de coercition étudiés sont différents de ceux des autorités purement répressives qu'elles soient d'ailleurs administratives ou pénales : ces dernières ne préviennent pas avant de frapper.

174. Qu'est-ce qu'une voie d'exécution et comment différencier ce mode de coercition de la répression pure et simple ? La difficulté à distinguer les deux notions tient tout entière dans

⁶⁴⁴ V. Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, décision n° 84-181 DC, cons 81. Le raisonnement de B. Genevois est de dire que si, dans la décision « C.S.A. », sont constitutionnels et le régime d'autorisation préalable et le régime de sanction administrative ; dans la décision « Entreprise de presse », l'inconstitutionnalité du régime d'autorisation préalable « rend difficilement justifiable le recours à des sanctions administratives » (comm. de la décision C.S.A., art. préc., p. 221). Or, en réalité, on voit que les deux sont consubstantiels puisque c'est le régime coercitif établi par le législateur pour les Entreprises de presse qui change la nature de régime prévu, de régime déclaratif en régime préventif.

⁶⁴⁵ L'Autorité des marchés financiers a reçu en France la compétence, dévolue auparavant au Conseil des marchés financiers, de contrôler le respect par les prestataires de service d'investissement de leurs obligations professionnelles. Ces prestataires sont bénéficiaires d'une autorisation d'exercer leur activité sur les marchés financiers et ont dès lors accepté la répression. Ils se sont volontairement soumis à un régime préventif.

⁶⁴⁶ La procédure d'engagement, procédure récente, met l'entreprise qui souscrit ces engagements dans un régime préventif, elle lie sa liberté future puisqu'elle accepte, en échange d'une peine réduite, de mettre un terme à ses pratiques.

⁶⁴⁷ V. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Tome 3, Paris, Fontemoing, 1921-1925, p. 603. Le Doyen de Bordeaux ajoute, c'est ce qui explique le choix de ce terme : « c'est seulement lorsque l'activité individuelle s'est manifestée contrairement au droit, que le législateur autorise l'autorité publique à intervenir pour punir, pour forcer à réparer ou pour annuler » (pp. 603-604).

⁶⁴⁸ V. C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Dalloz, 3^e éd., 1968, p. 133, n° 123.

⁶⁴⁹ V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc. A COMPLETER

l'ambiguïté de la notion d'exécution, notion juridique centrale, mais qui « se prête mal à la conceptualisation »⁶⁵⁰. Il est ainsi courant d'assimiler exécution et répression. Hans Kelsen définit ainsi l'exécution comme la mise en œuvre de la sanction⁶⁵¹. De même, la doctrine de droit administratif présente souvent la répression comme un mode d'exécution⁶⁵². Jacques Mourgeon assimile, lui, la répression administrative à une voie d'exécution⁶⁵³. Ces présentations ne sont pas inexactes si l'on entend par exécution la mise en application du droit⁶⁵⁴.

175. Néanmoins, la notion de voie d'exécution peut aussi avoir un sens plus restreint qui la distingue nettement de la répression. Le critère essentiel de séparation entre ces deux notions est le critère de la finalité : alors que les voies d'exécution poursuivent un but correctif, la répression cherche, elle, à punir⁶⁵⁵. L'exécution, dont l'étymologie signifie suivre, poursuivre⁶⁵⁶, indique en effet en droit une finalité : « l'accomplissement d'une obligation »⁶⁵⁷, la réalisation d'une obligation⁶⁵⁸. Aussi, en droit privé, le droit de l'exécution est-il cette branche du droit qui « regroupe l'ensemble des règles juridiques qui organisent la contrainte au profit des créanciers, en vue de vaincre l'inertie de leurs débiteurs qui ne s'exécutent pas spontanément »⁶⁵⁹. Toutefois, l'idée de voies d'exécution en droit privé contient une idée de contrainte qui est absente de la notion telle qu'elle est mise en œuvre par les autorités administratives, qui sont dépourvues du pouvoir d'exécution forcée. Cette idée de contrainte était d'ailleurs présente en droit romain : « Aux termes de la procédure formulaire, lorsque le juge a rendu sa décision, les parties devaient entamer une autre procédure aux fins d'obtenir l'exécution par l'*actio iudicati* destinée à pallier l'absence d'exécution spontanée par le débiteur »⁶⁶⁰. Le point commun entre notre objet d'étude et les voies d'exécution de droit privé est l'idée d'action correctrice et de contrainte – étant entendu que cette contrainte

⁶⁵⁰ V. L. Azoulai, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », chap. introductif, in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, sous la dir. de J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1.

⁶⁵¹ H. Kelsen, General theory of law and state, New York, Russell & Russell, 1961, p. 258. V. aussi p. 134.

⁶⁵² V. A. de Laubadère, Traité de droit administratif, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1973-1975, titre III, chapitre III « L'exécution de l'acte administratif » où il est question de sanction (Section 1).

⁶⁵³ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc.. Voir aussi P. Goyard, « L'antinomie du principe d'action d'office et du principe de non-coercition », Archives de philosophie du droit, 1974, n°19, pp. 373-403. De même V. Tchen analyse dans les voies d'exécution administrative, la sanction administrative, Jcl Adm., Exécution de l'acte administratif, Fasc. 108-10, n°34. V. aussi P. Delvolvé, L'acte administratif, préc. chapitre 3.

⁶⁵⁴ V. aussi H. Gineste, La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux, Thèse, Toulouse I, 1987, notamment en introduction. H. Gineste affirme que la notion d'exécution caractérise un processus, un « mécanisme central de "l'ordonnement juridique" » (p. 21) suivant en cela H. Kelsen. Elle remarque ainsi que l'exécution est « présente dans l'ensemble du droit (...) à tous ses niveaux, tant à celui du fonctionnement global du système qu'à celui de l'effectivité d'un acte juridique particulier.

⁶⁵⁵ V. dans le même sens, A. Perrin, L'injonction en droit public français, préc., pp. 331 à 334.

⁶⁵⁶ V. Ce substantif vient du latin *exsecutio* qui signifie « suivre, poursuivre ».

⁶⁵⁷ V. Vocabulaire juridique, G. Cornu (ss. la dir.), PUF, 8^e éd., 2000, V^o Exécution.

⁶⁵⁸ C. Brenner, Voies d'exécution, Dalloz, Cours, Coll. Droit privé, 5^e éd., 2007, n°2.

⁶⁵⁹ V. JCl Voies d'exécution, François Vinckel, Droit de l'exécution, Présentation générale, Fasc. 120, n°1. V. aussi Roger Perrot, Rapport de synthèse du colloque « La réforme des procédures civiles d'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 », RTD Civ. 1993 p. 165. V. aussi Lamy, Droit de l'exécution forcée, n°105-5. V. aussi Anne Leborgne, Voies d'exécution, Dalloz, Coll. Précis, 1^e éd., 2009, p. 1.

⁶⁶⁰ V. S. Guinchard, Droit processuel, Dalloz, Coll. Précis, 5^e éd., 2009, p. 99.

ne peut être une contrainte matérielle pour reprendre l'expression de Jean Romieu⁶⁶¹ puisque ce recours, en droit administratif français, est encadré strictement par le régime de l'exécution forcée.

L'exécution correspond donc à une action correctrice de la puissance publique, exerçant ainsi une contrainte, afin d'enjoindre le sujet de l'obligation à se conformer au droit. Dès lors que la puissance publique est mise en mouvement pour contraindre ce sujet à s'exécuter⁶⁶² il y a exécution forcée, que celle-ci soit d'ailleurs judiciaire ou administrative.

176. On pourra nous objecter que la décision de retrait d'une autorisation rentre difficilement dans cette définition. Par sa nature elle a pour but de mettre fin à la relation, elle n'a pas pour but, dès lors, de faire rentrer le contrevenant dans le droit chemin. C'est incontestable. Toutefois, on voit que le retrait, tout comme la sanction financière, ne peuvent être prononcés qu'après mise en demeure. En conséquence, le régime qu'aménage le législateur pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut d'abord être qualifié de régime d'exécution et secondairement de régime répressif. La pratique du Conseil reflète d'ailleurs ces considérations⁶⁶³.

En conclusion, la jurisprudence définit nettement les pouvoirs que l'Administration détient en vertu d'une autorisation préalable. Il s'agit, avant tout, de pouvoirs que l'on peut qualifier de voies d'exécution, destinés à faire rentrer le permissionnaire dans le droit chemin. L'autorisation délimite ainsi le champ et la nature des pouvoirs de l'autorité administrative. Nous verrons comment, en droit français, les pouvoirs des autorités de régulation respectent au départ ce schéma, pour s'en éloigner progressivement.

Qu'en est-il à présent de la fonction coercitive associée à l'autorisation administrative préalable en droit anglais ?

b- En droit anglais

177. Le régime juridique mis en place par le législateur dans les secteurs étudiés est, au départ, encore plus proche d'un régime de voie d'exécution (et c'est d'ailleurs ainsi que les lois l'envisagent puisque le législateur utilise le terme *enforcement*, dans tous les domaines étudiés). Ce régime correspond-il au droit commun des pouvoirs coercitifs attachés à l'autorisation administrative préalable au Royaume-Uni ? Une telle comparaison est délicate, car elle pose d'abord le problème de l'identification de l'autorisation administrative préalable comme acte administratif unilatéral au Royaume-Uni (i). Après avoir analysé la nature de l'autorisation administrative préalable en droit anglais, il faudra étudier les pouvoirs associés à celle-ci dans ce droit (ii).

⁶⁶¹ V. concl. Sous l'arrêt T.C., 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint Just c. Préfet du Rhône, Rec. 713, S. 1904.III.17, note Hauriou, concl. Romieu, l'expression « exécution matérielle » est p. 20, 3^e colonne, comm. G.A.J.A. (2009, 17^e éd.), décision n°10, p. 61 suiv..

⁶⁶² Sachant bien sûr que les voies d'exécution de droit privé, depuis le XIX^e siècle, ne s'exercent plus que très rarement sur la personne, mais sur ses biens : v. sur ce point A. Castaldo, J.-P. Lévy, Histoire du droit civil, Dalloz, Coll. Précis, 1^e éd., 2002, chap. 3, p. 965 suiv..

⁶⁶³ La base Lamy recense ainsi plus de 758 mises en demeure émises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel depuis sa création en 1989, qu'il faut comparer aux 86 décisions de sanction qu'il a prononcées pendant la même période (v. base LamylineReflex, Recherche à jour au 25 janvier 2010).

i — La nature de l'autorisation administrative préalable en droit anglais : contrat de droit privé ou décision administrative unilatérale ?

178. On ne peut que constater l'absence d'étude sur ce sujet en droit anglais. Il faut dès lors se tourner vers la jurisprudence, qui manifeste l'existence d'une certaine évolution. Les juges prennent davantage conscience de la spécificité de cet acte, qu'ils distinguent aujourd'hui du contrat, spécialement dans les domaines étudiés. La prise de conscience de la part des juges que l'autorisation administrative est bien un acte administratif et non un contrat est visible dans le domaine des autorisations de police et, surtout, dans les domaines étudiés (principalement le domaine audiovisuel).

179. La nature juridique de l'autorisation administrative préalable n'est pas discutée en doctrine, laquelle s'en réfère à l'avis des juges qui n'hésitent pas à qualifier cet acte de contrat et, en conséquence, à le soumettre aux recours qu'offre le droit privé. La difficulté de qualification correspond à la difficulté des juges du *judicial review* de penser au départ la catégorie des actes administratifs. Au départ en effet, seuls les actes qualifiés par le juge de juridictionnels pouvaient faire l'objet d'un recours en *judicial review* ; en conséquence, les actes qualifiés d'administratifs se trouvaient exclus de ce recours. Le critère de l'acte dit « juridictionnel » était l'existence d'un litige ; aussi, les actes portant sur l'autorisation administrative préalable (attribution, retrait ou suspension), ne manifestant aucun litige, étaient exclus du recours en *judicial review*, sauf dans le cas où le législateur entourait la procédure d'attribution, de retrait ou de suspension de l'autorisation de règles protectrices permettant d'assimiler celles-ci à des procédures juridictionnelles⁶⁶⁴.

180. Les jugements qui affirment la nature contractuelle de l'autorisation administrative préalable sont nombreux. Lord Justice Scarman affirme ainsi ne pas avoir de doute que la licence qui lie un marchand à la municipalité gérant un marché est de nature contractuelle⁶⁶⁵. De même, Justice Pill, saisi d'un recours contre une décision de retrait d'une autorisation et examinant sa recevabilité constate qu'il s'agit d'un litige privé⁶⁶⁶. D'autres décisions font le même constat⁶⁶⁷. Il n'est d'ailleurs pas rare, en droit français, qu'un contrat soit accompagné d'une autorisation et rende ainsi difficile la qualification du contrat, spécialement dans les cas de contrats complexes⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ V. les développements de S. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., 3rd ed., *passim.*, spéc. pp. 74, 149-150, 196-196, 300-301.

⁶⁶⁵ V. Scarman L.J. in *Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council* [1976] 1 W.L.R. 1052, spéc. p. 1059.

⁶⁶⁶ V. Justice Pill in *R. v Durham City Council Ex p. Robinson* [1992] N.P.C. 5, *Times*, 31 January 1992.

⁶⁶⁷ V. *The Queen on the application of Birmingham and Solihull Taxi Association, Sajid Butt v Birmingham International Airport Limited* [2009] EWHC 1913 (Admin), at §67 ; *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council*, ex p. Hook, [1976] 1 W.L.R. 1052 (C.A.) ; *R. v. Basildon District Council*, ex p. Brown, (1981) 79 L.G.R. 655, *Times*, February 24, 1981, spéc. l'avis de Lord Justice Dunn dont l'opinion diffère toutefois des Lords Denning et Templeman ; *R. v. Wear Valley District Council*, ex p. Binks, [1985] 2 All E.R. 699, v. le commentaire de P. Jackson, L.Q.R., 1986, p. 24 ; *Horsnell v Boston BC* [2005] EWHC 1311. Surtout, dans le domaine qui nous intéresse : *Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications and Another* [1996] 1 W.L.R. 48.

⁶⁶⁸ V. *Traité des contrats*, préc., p. 58, n°39 ; v. aussi n°95 pour la distinction concernant les contrats et les autorisations d'occupation du domaine public

181. Pour autant, comme le montre Sue Arrowsmith, le juge anglais accepte de plus en plus d'ouvrir le recours en *judicial review* contre certaines décisions liées à l'autorisation⁶⁶⁹ et impose par conséquent l'observation de certaines formes préalables à la révocation⁶⁷⁰. Les juges reconnaissent parfois la nature spécifique de l'autorisation, conférée « dans l'intérêt public », par une décision unilatérale de l'autorité⁶⁷¹. Au surplus, les juges acceptent plus largement la recevabilité des recours en *judicial review* contre les décisions de retrait, mais l'affaire doit manifester l'existence d'un « élément particulier de droit public »⁶⁷². Les juges ont pu trouver un tel élément dans deux hypothèses : soit, ils ont dégagé l'existence d'un droit préalable ; soit, ils se sont, plus largement, fondés sur le fait que l'autorité municipale exerçait son pouvoir d'autorisation en vertu de la loi, le critère étant donc ici la nature de l'autorité.

182. Les juges ont pu reconnaître la recevabilité d'un recours contre une décision de retrait d'une part en raison de l'existence d'un droit, auquel le retrait vient porter atteinte. Ce droit peut être un droit reconnu — et défendu — par le *common law*, d'exercer une activité commerciale dans un marché⁶⁷³ ; ou, plus largement, un droit général d'accès à l'endroit en question⁶⁷⁴. D'autre part, les juges ont pu adopter un critère plus large, tiré de la nature de l'autorité : la circonstance que l'autorité en question, la municipalité, exerçait ses pouvoirs d'autorisation en vertu d'une habilitation législative soumettait ainsi la décision de retrait au

⁶⁶⁹ V. S. Arrowsmith, « Judicial review and the contractual powers of public authorities », *Law Quarterly Review*, 1990, p. 277-292 ; V. aussi S. Arrowsmith, *Civil liability and public authorities*, Winteringham, South Humberside, Earlsgate Press, 1992, pp. 85-89.

⁶⁷⁰ V. sur ce point l'avis de H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 10th ed., 2009, pp. 458 suiv..

⁶⁷¹ V. l'analyse de Lord Herschell *in* *Boulter v The Justices of Kent and Others* [1897] A.C. 556, spéc. p. 569. Lord Herschell parle bien de *determination*, c'est-à-dire de décision.

⁶⁷² V. S. Arrowsmith, « Judicial review and the contractual powers of public authorities », préc., p. 278.

⁶⁷³ *V. R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook*, préc. Ce droit comporte, d'après Lord Denning, le droit pour tout membre du public, de venir sur la place du marché pour y vendre ses marchandises. Le droit d'y établir un étal est en revanche soumis à l'autorisation du propriétaire du marché moyennant le paiement d'un droit (p. 1056).

⁶⁷⁴ *R. v. Wear Valley District Council, ex p. Binks*, préc.. La motivation de cette décision n'est toutefois pas très claire. Après avoir tenté d'identifier la nature du marché en question, qui est une place où le public dispose d'un droit d'accès, le juge Taylor conclut que l'on se trouve dans la même situation que dans l'affaire *Basildon*. Mais, dans cette affaire, c'est moins la nature du marché qui a emporté la conviction des juges, que justement la nature de l'autorité en question dont les pouvoirs émanent de la loi (v. l'opinion de Lord Denning p. 663 qui affirme certes, d'abord, qu'il s'agit d'un « marché public », mais pour ajouter ensuite qu'il est géré par une autorité publique « comme s'il s'agissait d'un marché public (...) cette autorité publique doit être, et est, soumise au même contrôle par les tribunaux que s'il s'agissait d'un marché public » ; v. ensuite l'opinion de Lord Templeman pour qui la nature du marché importe peu puisqu'elle tient ses pouvoirs de la loi (p. 667) ; v. enfin, l'opinion de Lord Dunn, p. 674). On retrouve cet argument *in* *R. (on the application of Beer) v Hampshire Farmers Market Ltd* [2003] EWCA Civ 1056; [2004] 1 W.L.R. 233. Cette dernière décision est intéressante en ce que le gestionnaire du marché était une personne privée à laquelle cette gestion avait été déléguée. Les juges constatent donc que la décision de refus de la licence, si elle avait été prise par la municipalité, aurait été susceptible de recours en *judicial review*. Les juges ont donc dû se fonder sur un autre indice, la nature du pouvoir, pour décider si la décision comportait un caractère public suffisant. Or, le marché en question se tenait sur une propriété publique où le public avait un droit d'accès (v. les comm. suivants : J. Garton, « The *judicial review* of the decisions of charity trustees », *Trust Law International*, 2006, p. 160 ; S. H. Bailey, « Judicial review and contracting decisions », préc., p. 454 suiv.)

contrôle des juges⁶⁷⁵. Enfin, dans certains cas bien sûr, la réunion de l'ensemble de ces critères rend le contrôle de la décision assurément, recevable⁶⁷⁶.

183. Ces jugements, certes limités au domaine des marchés, montrent néanmoins une certaine tendance à admettre les recours contre les décisions de retrait et, en conséquence, le caractère de décision administrative de ces actes. Il n'est pas assuré désormais que ces arrêts reflètent parfaitement l'état du droit. On constate une tendance croissante des juges à qualifier clairement la décision d'autorisation de décision administrative.

184. D'une part, dans le domaine de la police des débits de boisson, Lord Justice Toulson juge en 2011 que « la fonction d'autorisation, exercée par l'autorité compétente pour délivrer les licences, est une fonction administrative »⁶⁷⁷.

185. D'autre part, encore plus nettement, dans les domaines étudiés, on peut constater une propension croissante des juges à qualifier explicitement ces actes d'actes administratifs. Ainsi, dans le domaine des télécommunications, Lord Justice Mummery affirme nettement, donnant par la même occasion une définition très nette de l'autorisation administrative, que « la décision de l'autorité réglementaire nationale d'accorder une autorisation et l'exécution de cette décision est un acte administratif, émis d'après et en accord avec le droit. Une autorisation est obtenue afin de faire certaines choses qui sont autrement interdites sans cette autorisation. Il s'agit du mécanisme juridique destiné à autoriser quelque chose que le droit général impose d'être officiellement autorisé »⁶⁷⁸. On ne peut mieux définir ces actes, dont l'essence est bien de déroger à une interdiction.

186. De même, dans le domaine audiovisuel cette fois, Mr Justice Cranston déclare : « À mon avis, ces autorisations ne sont pas des contrats. Une analyse contractuelle déformerait leur caractère juridique. Ces autorisations sont des instruments de droit public. Elles constituent, de par la loi, des autorisations permettant à leur titulaire d'entreprendre des activités qui seraient autrement illégales, et soumettent leur titulaire au respect de certaines obligations, dont le non-respect les expose au risque de se voir imposer une sanction financière et en dernière instance, à la révocation de l'autorisation. En les accordant, l'autorité administrative agit d'après ses obligations et fonctions légales, sans intention d'entrer avec les

⁶⁷⁵ V. R. v. Basildon District Council, ex p. Brown, préc. : « L'autorité municipale est une autorité publique, créée par la loi pour exercer les pouvoirs et les devoirs que la loi lui impose. Elle n'a d'autre pouvoir que ceux que le Parlement lui a conférés (...). Elle est soumise au contrôle des juges, afin de vérifier qu'elle n'excède ni n'abuse de ses pouvoirs » (traduction de : « The local council here are a public authority established by statute to exercise statutory powers and perform statutory duties. They have no power to do anything except such power as Parliament has given them. So carried on they are subject to the supervision of the courts of law--to see that their powers are not exceeded or abused »). V. le comm. de R. Ward, « Revocation of a Market Stallholder's Licence », The Modern Law Review, vol. 45, n°5, (sept. 1982), pp. 588-593 ; V. aussi S.H. Bailey, « Judicial review of contracting decisions », Public Law, 2007, pp. 444-463, spéc. p. 452.

⁶⁷⁶ V. R. (on the application of Agnello) v Hounslow LBC [2003] EWHC 3112 (Admin). Le juge Silber constate que, dans cette affaire, la municipalité exerce ses pouvoirs sur le marché en vertu d'une loi, que, par ailleurs, ce marché se tient sur le domaine de l'autorité publique, que, de surcroît le pouvoir de réglementation de cette autorité, émane des contrats qui la lie aux occupants, mais aussi des règlements qu'elle a pu prendre (§30 et 31).

⁶⁷⁷ V. Hope and Glory Public House Ltd, R v City of Westminster Magistrates Court & Ors [2011] EWCA Civ 31 (26 January 2011), spéc. §41. Traduction de : « the licensing function of a licensing authority is an administrative function. By contrast, the function of the district judge is a judicial function ».

⁶⁷⁸ V. Traduction de : « The decision of the national regulatory authority to grant a licence and the carrying out of that decision is an administrative act done under and in accordance with the law. A licence is obtained to do things which it is unlawful to do without that licence. It is the legal mechanism for authorising something which is required by the general law to be officially authorised ».

entreprises autorisées dans des relations de droit privé. Il n'y a pas d'accord de volonté expresse entre les parties au sens du droit privé »⁶⁷⁹. Ici encore, le caractère dérogatoire de l'autorisation, ainsi que son caractère unilatéral, ne font aucun doute pour le juge.

187. On perçoit donc une tendance des juges à qualifier les licences dans ces domaines comme des actes administratifs et non des contrats. La définition donnée dans ces deux décisions de l'autorisation administrative — un acte qui permet de déroger à une interdiction — manifeste bien la différence entre l'autorisation et le contrat. Quels pouvoirs sont reconnus à l'Administration en droit anglais dans le cadre d'une autorisation ?

ii — Les pouvoirs associés à l'autorisation administrative préalable en droit anglais

Qu'en est-il à présent des pouvoirs d'exécution dont disposent les autorités publiques pour faire respecter les conditions posées dans l'autorisation administrative préalable ? Après avoir étudié les pouvoirs de sanction, nous étudierons ceux de mise en demeure.

— Le pouvoir de sanction associé à l'autorisation administrative préalable en droit anglais

188. On peut constater à cet égard que l'existence d'un lien préalable offre des pouvoirs supérieurs à ceux dont l'Administration dispose naturellement. Ainsi, l'Administration anglaise ne dispose d'aucun pouvoir de sanction général — comme nous le verrons plus loin à l'occasion de l'étude de l'attitude des juges face à l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités sectorielles. En revanche, l'autorisation étant considérée comme un acte ne conférant aucun droit acquis, l'autorité administrative peut la retirer. L'autorisation administrative est ainsi envisagée comme un privilège, une permission dont l'attribution, le refus ou la révocation ne revient pas à affecter un droit⁶⁸⁰. Aussi, exactement comme les mesures que le juge administratif français qualifie de mesures de police et non de sanction, ces mesures ne constituent pas à proprement parler des sanctions.

189. Le pouvoir de retrait de l'autorisation est ainsi un pouvoir qui est accepté comme étant un pouvoir inhérent à l'autorisation, sans être toutefois considéré comme une sanction entraînant l'application de garanties procédurales. Dans un jugement antérieur à la réforme de la procédure de *judicial review*, Lord Goddard affirme de manière très claire que « le simple fait qu'une autorisation soit accordée à une personne signifierait, semble-t-il, que la personne qui l'accorde peut aussi la retirer ». Il ajoute que : « une autorisation n'est rien d'autre qu'une permission et, si un homme reçoit la permission de faire quelque chose, il est naturel que celui

⁶⁷⁹ V. *Data Broadcasting International Ltd & Anor R (on the application of) v The Office of Communications* [2010] EWHC 1243 (Admin) (28 May 2010), spéc. §88. Traduction de : « In my view these licences are not contracts. A contractual analysis distorts their juridical character. The licences are public law instruments. They constitute statutory authorisation permitting the licensees to undertake activities which would otherwise be unlawful and, in this case, place them under particular obligations, breach of which exposes them to the risk of the imposition of statutory financial penalties or ultimately to revocation of the licenses. In granting them, the licensing authority acts pursuant to its statutory duties and functions, and there is no intention to enter into any private law legal relations with the licensees. There is no express agreement between the parties in the contract sense. In the main the conditions in the licences are derived directly from statutory provisions ». Ce raisonnement a été accepté par la Competition Appeal Tribunal dans la décision *British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits)* [2011] CAT 5, §197-198.

⁶⁸⁰ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., p. 195 ; P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 374, n°12-006.

qui accorde cette permission ait la possibilité de la retirer »⁶⁸¹. De même, Lord Griffiths met en évidence le caractère quasiment automatique du retrait lorsque le titulaire de l'autorisation ne remplit plus les conditions posées dans son titre : « si le tribunal arrive à la conclusion que les sociétés ne remplissent plus les conditions nécessaires de capacité et d'honorabilité pour détenir une licence de jeu, il serait difficile d'imaginer un motif quelconque qui permettrait de justifier le maintien de l'autorisation »⁶⁸². Non seulement le retrait de la licence n'est pas considéré comme une sanction, mais, au surplus, les juges sont très réticents à accepter la recevabilité du recours contre une telle décision, indiquant que le retrait ne fait que tirer la conséquence logique du non-respect des conditions attachées à l'autorisation⁶⁸³. On voit donc ici combien le raisonnement juridique est proche entre les deux pays. La nature même de l'autorisation, acte conditionné, comprend en lui-même son propre mode d'exécution, le retrait. Ce point ne fait pas de difficulté.

190. Dès lors que le retrait ne porte pas atteinte à un droit, reconnu par le *common law* ou conféré par la loi⁶⁸⁴, ce retrait ne rencontre aucune objection⁶⁸⁵, pourvu, bien sûr, que ce retrait ne soit pas entaché d'une illégalité⁶⁸⁶. Lord Goddard est du même avis concernant la suspension de la licence, il s'agit d'un pouvoir dont l'autorité administrative dispose normalement⁶⁸⁷.

191. En revanche, le pouvoir d'imposer des sanctions financières n'est pas traditionnellement un pouvoir que détient l'autorité administrative envers le titulaire d'une autorisation⁶⁸⁸. Ce pouvoir est traditionnellement exercé, comme en France, par le juge pénal. Comme l'affirme Lord Denning, pour parer à l'illégalité d'un retrait mettant en question le droit d'un marchand

⁶⁸¹ V. l'opinion de Lord Goddard in *R v Metropolitan Police Commissioner*; Ex parte Parker [1953] 2 All ER 717. Traduction de : « (...) the very fact that a licence is granted to a person would seem to imply that the person granting the licence can also revoke it. The licence is nothing but a permission, and, if a man is given permission to do something, it is natural that the person who gives the permission will be able to withdraw the permission » (p. 719-720). La conclusion du jugement est que l'exercice de cette fonction, le retrait de la licence, ne constitue pas une fonction juridictionnelle, mais bien une fonction administrative ; en conséquence, cette décision ne peut faire l'objet d'un recours en *certiorari* (c'est-à-dire une décision d'annulation). De même v. Lord Radcliffe in *Nakkuda Ali v M. F. de S. Jayaratne* [1951] A.C. 66, spéc. p. 78.

⁶⁸² Traduction de : « if the court concludes that the companies are not fit and proper persons to hold gaming licences, it is difficult to conceive of any grounds upon which it would be right to exercise a discretion not to cancel the licence » in *Regina v Knightsbridge Crown Court*, Ex parte International Sporting Club (London) Ltd. and Another [1982] Q.B. 304, spéc. p. 316.

⁶⁸³ V. ainsi *The Queen on the application of Birmingham and Solihull Taxi Association, Sajid Butt v Birmingham International Airport Limited* [2009] EWHC 1913, spéc. §67.

⁶⁸⁴ Une autre illustration de l'illégalité d'un retrait portant atteinte à un droit conféré par le législateur — et qui tranche en outre une intéressante question de droit constitutionnel — est fournie par la décision *Laker Airways Ltd v Department of Trade* [1977] 2 All ER 182. Dans cette décision, le Secrétaire d'État, utilise le pouvoir qu'il tient de la *prerogative* pour enjoindre à la Civil Aviation Authority de mettre un terme à une autorisation. La *prerogative*, au cas présent, peut être considérée comme la partie du pouvoir réglementaire qui est autonome, c'est un pouvoir que détient l'exécutif en dehors de toute habilitation législative. Ici, les juges ont considéré que l'exécutif ne pouvait utiliser ce pouvoir pour contrecarrer des droits conférés par le législateur.

⁶⁸⁵ V. aussi *Regina v Basildon District Council*, ex parte Brown, préc..

⁶⁸⁶ Dans le jugement *Congreve v Home Office* [1976] QB 629, le Secrétaire d'État utilisa son pouvoir de retrait des licences de télévision dans un but fiscal. La perspective de l'augmentation du prix des licences de télévision détermina de nombreuses personnes (25 000 selon le jugement) à acheter une licence avant l'augmentation. Afin de contrecarrer ces procédés, le Secrétaire d'État menaça de retirer les licences si la différence de prix n'était pas acquittée. Les juges ont considéré qu'il s'agissait d'une utilisation incorrecte du pouvoir discrétionnaire qu'on lui avait accordé, dans un but financier.

⁶⁸⁷ V. *R v Metropolitan Police Commissioner*; Ex parte Parker, préc., p. 720.

⁶⁸⁸ Nous analyserons ce point plus bas.

à exercer son activité sur un marché, l'autorité administrative aurait pu le traduire devant la justice où une amende aurait pu lui être infligée⁶⁸⁹.

Qu'en est-il à présent du pouvoir, ou du devoir, de mise en demeure ?

— La mise en demeure en droit anglais

192. L'exercice de ces pouvoirs est-il soumis à l'édiction d'une mise en demeure ? Le fondement juridique de la mise en demeure en *common law* est procédural. Il est lié au besoin, dans le cadre de l'engagement d'une procédure répressive, d'informer le contrevenant et de lui donner l'opportunité de présenter ses observations⁶⁹⁰. Sans pouvoir tirer de conclusions trop générales sur ce point, on peut affirmer, en tout cas, que le législateur prévoit l'émission de mises en demeure avant l'engagement d'une procédure répressive, mais que le fondement de cette obligation est différent dans les deux pays, il est uniquement procédural au Royaume-Uni alors qu'il est aussi substantiel en France.

193. On peut donc conclure que, dans les deux pays (avec toutefois une incertitude concernant le droit anglais), le droit commun aménage un régime spécifique de coercition associé à l'autorisation administrative préalable, qui associe la mise en demeure et un régime de retrait ou de suspension de l'autorisation. Pourquoi, alors que le législateur se conforme au départ à ce régime, les caractères de la fonction coercitive des autorités de régulation s'en détachent-ils peu à peu ?

2 — *Le constat : du droit commun à la spécificité*

L'objet de ces développements est de suivre l'évolution des pouvoirs coercitifs des autorités de régulation en droit anglais d'abord (a) — puisqu'ils sont bien les premiers à instituer ce nouveau type d'organisme — puis en droit français (b)

a - Le cas britannique : de la *sunshine regulation* à la coercition

194. La réticence du Parlement anglais à conférer une fonction répressive à une autorité administrative est ancienne. Christopher D. Foster affirme ainsi que « fondamentalement, la tradition de ne donner à l'organisme de contrôle (que celui-ci soit un ministre, un fonctionnaire ou un organe indépendant), que peu ou pas du tout de pouvoir discrétionnaire efficace autre que le pouvoir de réunir des informations et de les rendre publiques, reflète la réticence profonde du législateur à attribuer un pouvoir exécutif ou répressif à des individus à moins que leur subordination constitutionnelle, les limites et la nature de ce pouvoir ne soient clairement établies »⁶⁹¹. Cette réticence explique l'absence de pouvoir de sanction effectif conféré aux organismes de surveillance jusqu'ici. Traditionnellement, d'après Foster, ces organismes ont un rôle d'information, de mise en lumière des dysfonctionnements, mais ne sont pas dotés de pouvoirs coercitifs. Ils utilisent ensuite leur influence pour persuader

⁶⁸⁹ V. Lord Denning in *Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council*, préc., p. 1057-1058.

⁶⁹⁰ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., pp. 189 suiv. (« enforcement powers »).

⁶⁹¹ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. 230. Traduction de : « At a more fundamental level, the tradition of giving regulator, whether minister, civil servant or independent body, little or no effective discretionary power other than that of information gathering and publicity, reflects a deep-seated reluctance to give executive or enforcement power to individuals unless their constitutional subordination and the bounds and nature of the power thus granted are clearly specified ».

l'industrie ou le secteur de coopérer. Cette technique est appelée « *sunshine regulation* »⁶⁹² ou régulation par la révélation de l'information et c'est un mode traditionnel d'action dans les pays de *common law*.

Qu'en est-il dans les domaines à l'étude ? L'analyse devra être menée en deux temps. Il faudra s'attacher d'abord à l'analyse de l'attribution de pouvoirs coercitifs aux autorités de régulation avant les réformes des années 1980 dans l'audiovisuel et l'aviation pour étudier ensuite ce qui s'est passé à partir de cette date. Le but de cette distinction est de mettre en évidence si, et dans quelle mesure, les changements des années 1980 ont influencé la conception de la fonction contentieuse des autorités de régulation

i — De la Libération aux années 1980 : la conception de la fonction contentieuse dans l'audiovisuel et l'aviation

195. La création de l'Independent Television Authority en 1954⁶⁹³ s'est accompagnée de l'attribution à cette instance de pouvoirs coercitifs importants afin de faire respecter le niveau élevé d'exigence que le gouvernement et les parlementaires voulaient imposer au contenu des programmes et à la publicité. Des parlementaires se sont à cette occasion interrogés sur l'opportunité d'un tel pouvoir préférant le recours aux tribunaux⁶⁹⁴. Les pouvoirs de coercition de l'autorité reposent sur les contrats que celle-ci conclura avec les fournisseurs. Les sanctions seront ainsi basées sur la rupture des clauses contractuelles⁶⁹⁵. Ce pouvoir repose donc largement sur le lien juridique, le contrat, que l'instance conclura.

196. L'autorité fut sévèrement critiquée pour ne pas avoir utilisé ses pouvoirs de manière plus systématique, entraînant une dégradation de la qualité des programmes. L'autorité était partagée entre sa volonté de préserver la qualité de la radiodiffusion et la crainte d'empêcher ou de retarder la croissance du marché⁶⁹⁶. En réalité, le but de l'Autorité apparaît davantage de promouvoir le développement des programmes en quantité et en variété que leur surveillance immédiate. C'est en tout cas ce qui ressort de la lecture des rapports annuels. Ceux-ci mettent en effet moins l'accent sur le rôle de surveillance de l'autorité que sur les progrès enregistrés en matière de programmes. Ce biais est peut-être dû à la structure du modèle de régulation puisque l'autorité de contrôle est en même temps diffuseur.

197. En 1972, l'Autorité voit en outre ses fonctions accrues. Le Sound Broadcasting Act de 1972 étend les fonctions de l'Autorité à la radio et change son appellation en Independent

⁶⁹² Foster emploie et entend ce terme dans un sens différent de celui qui lui est attribué à l'origine. Aux États-Unis, berceau de la notion, la *sunshine regulation* désignait les procédures participatives mises en place par la loi sur la procédure (A.P.A.) pour faire participer les parties prenantes à la décision administrative. Dans le sens que Foster lui donne il s'agit davantage de mettre à jour des pratiques en pensant que cette mauvaise publicité induira un changement de comportement.

⁶⁹³ V. Television Act 1954 (chap. 55).

⁶⁹⁴ « I dislike the fact that provision is not made for penalties to be imposed by the courts. I should have hoped that if the Postmaster General thought it an appropriate case he would be able to allow the parties to exercise the ordinary right of going to court, having arbitration merely as a second string. Unfortunately, I failed to convince him about that » (Earl Jowitt, HL Deb 20 July 1954 vol 188 cc1178-239, §1203).

⁶⁹⁵ V. Television Act 1954, Article 6(2). La loi prévoit aussi la possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage pour régler leur litige.

⁶⁹⁶ V. A. Crisell, *An Introductory History of British Broadcasting*, London, Routledge, 1997, p. 108.

Broadcasting Authority pour prendre acte de ces nouvelles fonctions⁶⁹⁷. La nouvelle Autorité n'a, semble-t-il, pas bouleversé les anciennes pratiques en ce qui concerne le contrôle des programmes et de la publicité⁶⁹⁸. La Commission Annan dont le rapport fut présenté le 23 mars 1977 en porte les traces⁶⁹⁹.

198. Le projet de loi sur l'audiovisuel de 1980 reprend cette recommandation et crée cette nouvelle Commission dont l'objectif est de traiter les plaintes du public⁷⁰⁰ concernant le traitement injuste ou déloyal d'une personne lors d'un programme télévisé ou radiophonique ou l'atteinte à la vie privée⁷⁰¹. La loi met en place une procédure détaillée pour le traitement et l'instruction de ces plaintes⁷⁰². Les pouvoirs de la Commission sont malgré tout limités puisqu'elle ne peut qu'ordonner la publicité de sa décision par les deux diffuseurs. On retrouve ici la préférence anglaise pour la méthode dite de « *sunshine regulation* ».

199. Les années 1980 vont donc voir ces deux autorités surveiller parallèlement, et chacune selon leur compétence⁷⁰³, l'audiovisuel et la radio. L'I.B.A. n'a pas modifié profondément sa manière de procéder et son contrôle des programmes⁷⁰⁴. Mais elle fait face pour la première fois dans les années 1980 aux premiers recours en *judicial review* contre certaines de ses décisions⁷⁰⁵. L'Autorité est dotée de pouvoirs importants. Elle peut retirer une licence⁷⁰⁶ et

⁶⁹⁷ Le Television Act 1964 et le Sound Broadcasting Act 1972 furent ensuite consolidés par le Independent Broadcasting Authority Act 1973.

⁶⁹⁸ On en trouve une trace dans un jugement de la Court of Appeal (Civil Division). La Cour juge qu'un citoyen ne peut obtenir un jugement pour forcer l'I.B.A. à exécuter une obligation légale s'il n'a subi aucun préjudice personnel. Le jugement montre que l'Autorité n'avait pas visionné le programme en question et ne savait donc pas s'il fallait ou non le diffuser. Le jugement porte la trace des débats qui ont pu agiter le public à cette époque. Il s'agissait d'un reportage sur Andy Warhol (McWhirter v Independent Broadcasting Authority [1973] Q.B. 629; [1973] 2 W.L.R. 344).

⁶⁹⁹ Report of the Committee on the Future of Broadcasting, N. G. Annan, 1976-77, Cmnd. 6753. Le rapport se montre sceptique sur l'intérêt et l'apport réel des organismes consultatifs créé au sein de l'I.B.A.. L'I.B.A., comme son prédécesseur, porte son contrôle sur la phase préparatoire des programmes, en amont, et exerce au besoin son contrôle. Ainsi, « the Authority intervened 10 times in nine months to check the legality (four times), the good taste (thrice), or impartiality (thrice) of This Week's programme » (C. Munro, G. R. Sullivan, « The Committee on the Future of Broadcasting », The Modern Law Review, vol. 40, July 1977, p. 463). Un arrêt de l'époque atteste aussi de la pratique de l'Autorité. Dans l'arrêt de la Court of Appeal, Att.-Gen. (on the relation of McWhirter) v. I.B.A. ([1973] 1 All E.R. 689) on s'aperçoit que l'Autorité n'approuve le programme que sur un rapport du personnel qui lui-même ne l'a pas visionné. Le juge critique cette pratique : « They should (...) remember that such reports are only evidence. If at any time credible evidence to the contrary effect to a staff report becomes available, then they should look at the programme themselves and make up their own minds ».

⁷⁰⁰ Broadcasting Act 1980 (chap. 64), Partie IV. Le Broadcasting Act 1981 (chap. 68) viendra consolider cette loi avec les Independent Broadcasting Acts de 1973 (chap. 19), 1974 (chap. 16 et 42), 1978 (chap. 43) et de 1979 (chap. 35).

⁷⁰¹ Broadcasting Act 1980 (chap. 64), Article 18 (1) (a) et (b).

⁷⁰² Broadcasting Act 1980, Article 20 (1) suiv. La loi prévoit notamment la possibilité d'une audience (hearing) à la discrétion de la Commission. La procédure est accusatoire, chaque partie a la possibilité de faire valoir ses arguments et de répondre.

⁷⁰³ Les rapports annuels de la Broadcasting Complaints Commissions montrent qu'elle établit rapidement sa compétence dans le traitement des plaintes qui lui sont adressées. En 1983, elle a reçu deux cent trente-quatre plaintes et deux cent vingt-huit en 1984. Sur ce lot, elle n'a statué complètement que sur neuf la première année et treize la deuxième. Les autres plaintes étaient irrecevables.

⁷⁰⁴ Le rapport annuel de l'I.B.A. pour 1984-1985 mentionne que le personnel dédié au traitement des plaintes est modeste (p. 18).

⁷⁰⁵ La première affaire (R. v Independent Broadcasting Authority Ex p. Whitehouse Times, April 4, 1985) confirme le large pouvoir d'appréciation du Directeur général de l'Autorité pour décider de diffuser un programme ou de le renvoyer à l'I.B.A. pour que celle-ci examine plus avant le programme.

⁷⁰⁶ V. article 17 de la loi.

elle peut, auparavant, émettre un avertissement public à un franchisé⁷⁰⁷ et l'obliger pendant un certain temps à lui fournir les programmes afin de recueillir son approbation préalable⁷⁰⁸. Les plaintes concernant les programmes diffusés par câble sont traitées par la Broadcasting Complaints Commission⁷⁰⁹.

200. On voit donc qu'en matière audiovisuelle, l'autorité recourt en pratique essentiellement à la publicité, la mise en lumière des dysfonctionnements. Elle dispose néanmoins, en droit, de pouvoirs coercitifs qui sont fondés largement sur le lien qui unit l'autorité aux opérateurs. L'autorité administrative ne dispose pas encore de pouvoir de sanction pécuniaire. Qu'en est-il en matière aéronautique ? La fonction contentieuse de l'A.T.L.B. a pour fondement l'autorisation administrative préalable à laquelle elle est liée. Ainsi, le Conseil est compétent pour traiter les demandes de retrait, de suspension ou de modification de la licence⁷¹⁰.

201. Nous reviendrons plus loin sur les raisons du remplacement de l'A.T.L.B. par la Civil Aviation Authority car ce changement marque l'échec du modèle du *tribunal* et scelle certainement l'acte de naissance de la forme de l'autorité de régulation. La C.A.A. est créée par une loi de 1971⁷¹¹. La fonction contentieuse de cette autorité est aussi basée sur l'autorisation administrative préalable. Le droit pénal, comme pour la précédente instance, tend à réprimer l'exercice de l'activité économique en question sans autorisation⁷¹². L'Autorité a le pouvoir d'abroger, de suspendre et de modifier à tout moment cette autorisation. Elle a en outre le devoir d'abroger, de suspendre ou de modifier une licence si son détenteur ne remplit plus certaines conditions liées à son expérience et ses ressources financières⁷¹³.

Ces années sont donc caractérisées par un paradoxe : alors que les autorités sectorielles disposent de pouvoirs coercitifs pour assurer le respect des conditions de l'autorisation ; celles-ci restent attachées à un modèle plus souple, de mise en lumière des dysfonctionnements, sans oser utiliser la coercition. Les années 1980 vont-elles modifier ce constat ?

ii — Les réformes des années 1980 et leur influence sur la conception de la fonction contentieuse

202. L'ouverture à la concurrence de l'audiovisuel commence réellement à la fin des années 1980. La troisième élection victorieuse de M. Thatcher en 1987⁷¹⁴ a aussitôt entraîné de nouveaux changements dans le paysage audiovisuel britannique. Parmi ses promesses de campagne, la dirigeante du parti conservateur avait inclus la lutte contre la diffusion d'images sexuelles et violentes à la télévision. Cette promesse entraîna l'annonce, le 16 mai 1988, de la

⁷⁰⁷ Cet avertissement est prévu par la section 16 de la loi. Elle peut ordonner au franchisé de lui communiquer des enregistrements visuels et sonores qui seraient susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions contenues dans la section 10.

⁷⁰⁸ V. article 16(3)a.

⁷⁰⁹ V. article 29. Le projet de loi prévoyait la création d'un organisme distinct pour le traitement des plaintes dans le domaine du câble, mais cette option n'a finalement pas été retenue.

⁷¹⁰ V. Article 3(1).

⁷¹¹ V. Civil Aviation Act 1971 (c. 75).

⁷¹² V. Civil Aviation Act 1971, article 21 (5).

⁷¹³ V. Civil Aviation Act 1971, article 23.

⁷¹⁴ La victoire eu lieu le 11 juin 1987.

création du Broadcasting Standards Council qui fut ensuite consacrée par une loi en 1990⁷¹⁵. Le Broadcasting Act de 1990 entérine la création d'une nouvelle instance⁷¹⁶, l'Independent Television Commission (I.T.C.) sous la forme d'un établissement public⁷¹⁷ qui regroupe les fonctions des anciennes I.B.A. et Cable Authority⁷¹⁸. Le rôle essentiel de la Commission est l'attribution des licences⁷¹⁹. La licence est encore la base sur laquelle la Commission construit son action future, et c'est encore la base de ses pouvoirs coercitifs. La loi confère ainsi à l'Autorité un pouvoir discrétionnaire important pour la rédaction de celle-ci⁷²⁰. Mais la loi ne s'en tient pas là concernant les pouvoirs coercitifs de l'Autorité, qui changent de sens. Ils n'ont plus pour but, comme dans la logique de service public qui prévalait depuis 1926⁷²¹, de promouvoir la qualité⁷²². Ils doivent seulement protéger le consommateur⁷²³. La Commission dispose tout d'abord d'un pouvoir d'injonction à l'intention des chaînes. Elle peut leur enjoindre de diffuser une correction ou de présenter ses excuses si elles n'ont pas respecté les conditions posées dans leur licence⁷²⁴.

203. Surtout, cette loi entérine l'attribution à cette autorité d'un pouvoir de sanction pécuniaire en cas d'inobservation des obligations contenues dans la licence ou de l'injonction⁷²⁵. La Commission peut aussi raccourcir la durée de la licence⁷²⁶ ou la retirer⁷²⁷.

⁷¹⁵ Broadcasting Act. Pour l'histoire détaillée de cette loi depuis les rapports préparatoires jusqu'aux débats et à la bataille autour du projet de loi voir P. Bonner avec L. Aston, *Independent Television in Britain*, vol.5, ITV and the I.B.A. 1981-92 : the old relationship changes, Basingstoke, Macmillan, 1998, pp. 322 à 419

⁷¹⁶ D. Zeffman, « Cable television and the Broadcasting Act 1990 », *Entertainment Law Review*, 1991, p. 66.

⁷¹⁷ BA 1990, Annexe 1. Elle ne bénéficie pas des immunités et privilèges de la Couronne.

⁷¹⁸ La loi ne fait pas la distinction entre les différentes techniques de diffusion par câble ou par les ondes. Elle ne fait plus référence qu'aux systèmes de télécommunications (article 46). Elle ne distingue que le satellite (article 43).

⁷¹⁹ BA 1990, Article 3 suiv..

⁷²⁰ Voir Broadcasting Act 1990, Article 4. La loi se contente en effet de suggestions. L'article 4 commence ainsi : « The licence may include (...) » (Article 4 (1)). La loi renvoie largement à l'appréciation de la Commission : « The licence may include (a) such conditions as appear to the Commission to be appropriate having regard to any duties which are or may be imposed on them, or on the licence holder, by or under this Act » (Broadcasting Act 1990, Article 4 (1) (a)).

⁷²¹ Voir Comité Crawford (préc.) qui dit que de la B.B.C. (à l'époque British Broadcasting Commission) : « Its status and duties should correspond with those of public service » (§5). On peut même lire plus loin : « Moreover, the State safeguards the listener against exploitation; takes steps to maintain the efficiency of the service, and also exercises its regulative powers without which broadcasting would be thrown into chaos » (§3). La doctrine économique a pu écrire neuf ans après : « The reforms instituted by the Broadcasting Act 1990 led to a period of turbulence and upheaval within broadcasting with results that were at best unintended and, at worst, seriously undermined the ideal of public service broadcasting » (S. Deakin, S. Pratten, « Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting », *Journal of Law and Society*, vol. 26, n°3, sept. 1999, p. 323). Le même constat est dressé par T. Prosser (« Public Service Broadcasting and Deregulation in the UK », *European Journal of Communication*, vol.7, 1992, pp. 1773-1793, p. 1773).

⁷²² Voir les propos de R. Corbett à la Chambre des Communes : « We believe that the Bill fails, however, largely because it abandons much of the sensible basis upon which our television and radio system in the B.B.C. and commercial sectors has been built and developed. The cornerstone of that system has been the commitment to public service broadcasting, the "must carry" rule which has guided broadcasters about the essential core of what must be on offer to viewers and listeners » (HC Deb 10 May 1990 vol 172 cc412-50, §419). Le Ministre avait même déclaré que Channel 3 serait « un cran en dessous du service public de l'audiovisuel » (rapporté par R. Corbett, HC Deb 10 May 1990 vol 172 cc412-50, §419). On trouve cette constatation à maintes reprises dans les débats (voir par exemple HL Deb 05 June 1990 vol 519 cc1220-357, §1232-1233).

⁷²³ Le glissement des termes est intéressant. On ne parle plus de téléspectateur, mais de consommateur.

⁷²⁴ Article 40(1). La loi impose à la Commission avant de prononcer cette injonction de donner l'opportunité aux détenteurs de licence de s'expliquer.

⁷²⁵ Article 41. La loi prévoit une limite supérieure et des garanties procédurales (la possibilité de faire valoir ses arguments). La loi encadre ces pouvoirs de garanties substantielles et processuelles.

On voit donc que le domaine audiovisuel est précurseur en matière de répression administrative. L'audiovisuel va ainsi se distinguer encore longtemps comme étant le seul secteur où le législateur est allé jusqu'à donner un pouvoir de sanction pécuniaire à une autorité administrative.

204. Dans le domaine aéronautique, si le rôle de la Civil Aviation Authority va changer complètement en 1986 avec la privatisation des aéroports⁷²⁸, la loi ne va, en revanche, pas bouleverser l'économie de ses pouvoirs coercitifs. Si cette instance est saisie d'une plainte relative au non-respect par un aéroport des conditions de son autorisation, elle peut prendre les mesures qu'elle estime nécessaires pour mettre fin à ce comportement et compenser le préjudice subi par cette personne⁷²⁹. Cette instance dispose aussi du pouvoir de saisir les tribunaux pour leur demander de prendre une injonction⁷³⁰. Le non-respect des conditions relatives à la fourniture d'informations comptable est passible de poursuite pénale⁷³¹. Il s'agit donc de pouvoirs très en retrait par rapport à l'organisme de l'audiovisuel.

205. Les télécommunications ne font pas exception. Le Telecommunications Act de 1984 confère au Director General of Telecommunications un pouvoir coercitif. Il s'agit d'un pouvoir d'injonction dont l'objet est d'assurer le respect, par les détenteurs de l'autorisation administrative, des obligations que contient celle-ci.

206. Christopher D. Foster fait remarquer que la privatisation de British Telecom fut l'occasion pour l'Administration britannique de redécouvrir cet outil juridique de contrôle du monopole naturel qu'est la licence. Foster cite à l'appui de sa démonstration les travaux de Edwin Chadwick au XIX^e siècle. Il fut probablement l'auteur le plus influent au Royaume-Uni à démontrer l'intérêt du recours à cet outil⁷³² pour contrôler le pouvoir économique des monopoles naturels au XIX^e siècle à travers son étude du système français de concession⁷³³. Mais il ne fut pas le seul auteur puisque James Morrison, avant lui, recommanda ce système⁷³⁴. Le point de vue de Foster n'est toutefois pas complètement exact : au Royaume-Uni, comme en France, l'utilisation de l'autorisation administrative préalable est ancienne et constitue le droit commun pour l'exercice de nombreuses activités économiques⁷³⁵. Pour

⁷²⁶ V. article 41(1)(b).

⁷²⁷ Ce pouvoir ne s'applique qu'à la troisième et la cinquième chaîne (article 42).

⁷²⁸ V. Airports Act 1986, (chap. 31). Cette loi ne change par la structure de l'Autorité. Elle ne fait qu'augmenter le nombre maximum de membres de douze à seize (Airports Act 1986, Article 72).

⁷²⁹ V. Airports Act 1986, Article 48.

⁷³⁰ V. Airports Act 1986, Article 48 (8).

⁷³¹ V. Airports Act 1986, Article 50.

⁷³² Cet auteur oublie de préciser dans sa comparaison la différence qu'il peut exister entre l'autorisation administrative préalable, à caractère unilatéral et la convention de délégation de service public, objet de l'étude de E. Chadwick. La doctrine, juridique et économique, ne différencie pas autorisation administrative préalable et contrat administratif : V. par exemple C. Harlow, R. Rawlings *Law and administration*, préc., p. 393.

⁷³³ V. E. Chadwick, « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Statistical Society of London*, vol. 22, n° 3 (Sep., 1859), pp. 381-420. V. Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché, traduction du texte d'E. Chadwick, L. Richer (coord.), L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, Tome 11, 2007.

⁷³⁴ V. J. Morrison, *The influence of English railway legislation on trade and industry: with an appendix of tracts and documents*, London, 1848.

⁷³⁵ En dehors du secteur des réseaux l'autorisation administrative préalable est rendue nécessaire pour les activités qui emportent un risque pour l'ordre public ou la moralité publique. Ainsi le Licensing Act de 2003 (chap. 17), dont l'objet était de réformer le droit de l'autorisation préalable au Royaume-Uni pour lutter, notamment, contre les méfaits de l'alcoolisme, soumet à autorisation préalable la vente et la fourniture d'alcool,

Foster, le gouvernement eut recours à cet outil par référence à la manière dont British Telecom attribuait lui-même des licences aux opérateurs publics et privés qui étaient connectés ou qui utilisaient ses systèmes. C'est le parallèle avec ce système qui aurait induit le gouvernement à le répliquer pour contrôler l'action future de British Telecom, entité désormais privée. Cette appréciation, certainement véritable, laisse de côté le fait que l'utilisation de la licence est une méthode classique de contrôle des activités privées au Royaume-Uni.

207. L'étude des travaux parlementaires met en évidence plusieurs arguments en faveur de l'utilisation de l'autorisation administrative préalable : la consultation avec l'ensemble du secteur⁷³⁶, le caractère particulier, l'adaptation, la précision et la protection contre les pratiques monopolistiques de British Telecom⁷³⁷.

208. Les pouvoirs coercitifs sont basés exclusivement sur l'autorisation⁷³⁸. Seuls les manquements aux conditions posées dans la licence sont susceptibles de poursuites par le Directeur. Quelle décision doit-il prendre ? Cet acte peut être défini essentiellement par sa finalité. L'acte à prendre est d'abord un acte correctif au sens que lui donne Alix Perrin⁷³⁹ ; il doit avoir pour objectif de remettre le contrevenant dans une situation conforme aux conditions de l'autorisation⁷⁴⁰. Cette finalité est donc aussi la limite de l'acte, dont les obligations doivent être nécessaires à la poursuite de cet objectif : elles doivent permettre d'assurer le respect de l'autorisation, mais ne pas excéder non plus ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. L'autorité ne dispose pas du pouvoir de retirer ou de suspendre l'autorisation, ce qui ne surprend guère.

209. Il n'est donc pas question de sanction, de mesure répressive. La finalité des mesures administratives est le respect de l'autorisation ou de l'injonction. Ce sont à chaque fois des mesures correctrices. La loi lui donne ainsi un pouvoir d'enquête à la suite d'une plainte, mais ce pouvoir n'est pas susceptible d'engager des procédures répressives⁷⁴¹. Il ne dispose d'un pouvoir répressif que dans le cadre du droit de la concurrence. La loi de 1984 lui attribue en effet la faculté d'exercer les mêmes pouvoirs que l'autorité de concurrence anglaise qui est à l'époque le Director General of Fair Trading⁷⁴².

l'établissement d'un club, la fourniture de divertissement, etc. Les jeux d'argent sont aussi soumis à autorisation (V. Gambling Act 2005 (chap. 19)). Sur le Licensing Act qui introduit une profonde réforme : V. Better Regulation Task Force, Review of Licensing Legislation, Cabinet Office, 1997 ; Time for Reform: Proposals for the Modernisation of Our Licensing Laws (2000, Cm 4696). On trouve de même un système d'autorisation administrative préalable en matière de jeu (v. Gambling Act 2005).

⁷³⁶ V. Hansard, Telecommunications Licences, HC Deb, 22 February 1984, vol 54, c536W.

⁷³⁷ V. Hansard, Telecommunications Licences, HC Deb, 22 February 1984, vol 54, c536W, §731.

⁷³⁸ Les pouvoirs coercitifs sont contenus aux articles 16 et 17 de la loi.

⁷³⁹ V. A. Perrin, L'injonction en droit public français, Thèse dactyl., Université Panthéon-Assas Paris, 2007.

⁷⁴⁰ V. Telecommunications Act 1984, article 16(1).

⁷⁴¹ V. Telecommunications Act 1984, article 49.

⁷⁴² Le Director General of Fair Trading fut créé (sous la forme d'un Non-Ministerial Government Department) par le Fair Trading Act de 1973 (chap. 41). Il faut noter que cette loi ne donne que des pouvoirs coercitifs très limités au Directeur général. En cas de conduite nuisible aux consommateurs le Directeur général doit d'abord entrer en pourparler avec l'entreprise concernée pour en obtenir l'engagement écrit de mettre fin à ces pratiques (art. 34). Le Directeur ne peut ensuite que saisir le juge des pratiques restrictives, le Restrictive Practices Court (art. 35). Le Directeur peut aussi porter cette affaire devant une Commission consultative dont le rapport peut entraîner le prononcé d'une injonction par le Secrétaire d'État (art. 22). De même, en matière de monopole, le Directeur général dispose du pouvoir de référer le cas suspecté à la Competition Commission, ce qui peut mener encore au prononcé d'une injonction édictée par le Ministre compétent (art. 56). La naissance d'une véritable répression administrative en droit de la concurrence n'apparaît qu'en 1998 (V. Competition Act 1998 et le

210. Qu'en est-il dans les autres secteurs ? Avec l'ouverture progressive à la concurrence des autres services publics en réseau, des arrangements semblables vont être mis en place. Le droit des télécommunications, matérialisé dans le Telecommunications Act, va devenir le modèle pour les autres secteurs dans lesquels on retrouvera la même structure⁷⁴³. Dans tous ces secteurs, les autorités ne disposent que d'un pouvoir correctif dont le fondement est l'autorisation administrative. On retrouve ces arrangements dans les secteurs du gaz⁷⁴⁴, des aéroports⁷⁴⁵, de l'électricité⁷⁴⁶, de l'eau⁷⁴⁷ et le secteur ferroviaire⁷⁴⁸ : l'absence de pouvoir de sanction pécuniaire est générale, sauf dans le secteur de l'audiovisuel. La seule autorité disposant d'un pouvoir répressif est l'autorité de l'audiovisuel, l'Independent Television Commission⁷⁴⁹.

211. En 1993, le législateur anglais ne modifiera pas fondamentalement ces dispositions. Foster avance en effet que le Parlement a accru les pouvoirs de sanction à cette époque. Ce n'est pas exact. La Loi de 1993 sur la concurrence et les services dans le domaine des services publics⁷⁵⁰ autorise les Directeurs sectoriels à intégrer de nouvelles obligations aux autorisations administratives dans le domaine des télécommunications, du gaz, de l'électricité et de l'eau et à les faire exécuter. Mais la logique coercitive reste la même : il s'agit toujours de s'assurer que les opérateurs respectent bien les conditions de l'autorisation et, en cas de manquement, de forcer les contrevenants au respect. Ce n'est qu'en 2000 et dans le domaine ferroviaire qu'un pouvoir de sanction est attribué pour la première fois à une instance sectorielle⁷⁵¹, en dehors de l'audiovisuel.

En somme, au début des années 1990, la seule autorité disposant d'un pouvoir de sanction pécuniaire est l'instance de l'audiovisuelle. Les autres autorités restent dans le droit commun. Les autorités ne disposent que d'un pouvoir d'injonction. Qu'en est-il à présent en France ?

b- Le cas français : la reconnaissance d'un pouvoir de sanction pécuniaire

comm. de I. Maher, « Juridification, Codification and Sanction in UK Competition Law », *The Modern Law Review*, Vol. 63, n° 4 (Jul., 2000), pp. 544-569).

⁷⁴³ V. T. Prosser, *Law and the regulators*, préc., p. 61 ; C. Graham, « The regulation of privatised enterprises », *Public Law*, 1991, pp. 15 – 20, spéc. pp. 16 et 17.

⁷⁴⁴ V. Gas Act 1986 (chap. 44), art. 28. L'instance est le Director General of Gas Supply (ou Directeur Général pour la Fourniture du Gaz).

⁷⁴⁵ V. Airports Act 1986 (chap. 31), art. 48. L'autorité en charge est ici la Civil Aviation Authority, laquelle, n'est, pas une instance personnalisée à la différence des autres instances.

⁷⁴⁶ V. Electricity Act 1989 (chap. 29), art. 25. L'autorité est le Director General of Electricity Supply (ou Directeur Général pour la Fourniture d'Électricité). V. B. Sas, « Regulation and the Privatised Electricity Supply Industry », *The Modern Law Review*, Vol. 53, n° 4 (Jul., 1990), pp. 485-498.

⁷⁴⁷ V. Water Act 1989 (chap. 15), art. 20. Cette loi crée une nouvelle instance, le Director General of Water Services (ou Directeur Général des Services de l'Eau). Sur cette réforme v. R. Macrory, « The Privatisation and Regulation of the Water Industry », *The Modern Law Review*, Vol. 53, n° 1 (Jan., 1990), pp. 78-87.

⁷⁴⁸ V. Railways Act 1993 (chap. 43), art. 55. Cette loi institue le Rail Regulator (ou Régulateur Ferroviaire). V. le comm. en forme de bilan de l'action de cette instance de L. Whitehouse, « Railtrack Is Dead: Long Live Network Rail? Nationalization under the Third Way », *Journal of Law and Society*, Vol. 30, n° 2 (Jun., 2003), pp. 217-235 ; J. Dallas, « Licensing under the Railways Act 1993: in keeping with previous privatization legislation? », *U.L.R.* 1994, 5(2), pp. 57-58. Sur l'application du droit de la concurrence à ce secteur, V. N. Maltby, « Competition law implications of the UK Railways Act 1993 », *European Competition Law Review*, 1994, 15(4), pp. 239-241.

⁷⁴⁹ Cette Commission est créée par le Broadcasting Act de 1990 (chap. 42) qui n'est pas, comme la Civil Aviation Authority, personnalisée.

⁷⁵⁰ V. Competition and Services (Utilities) Act 1992 (chap. 43). V. A. McHarg, « The Competition and Service (Utilities) Act 1992: utility regulation and the Charter », *Public Law*, 1992, pp. 385-396.

⁷⁵¹ En 2000, le Transport Act (chap. 38) crée un pouvoir de sanction financière (v. art. 225).

212. La Haute Autorité de la communication audiovisuelle ne dispose, aux termes de la loi de 1982, que d'un pouvoir correctif. La loi prévoit ainsi qu'« En cas de manquements graves ou répétés d'une société nationale de programme aux cahiers des charges et aux actes, décisions et recommandations prévues aux articles 14, 19 et 20, la Haute autorité, par décision spécialement motivée, enjoint au président de cette société de prendre, dans un délai qu'elle fixe, les mesures nécessaires pour faire cesser ces manquements »⁷⁵². *Rationae personae*, le pouvoir d'injonction ne vise que les sociétés nationales de programme. *Rationae materiae*, ce pouvoir ne vise que les manquements graves et répétés de ces sociétés. La base légale du pouvoir d'injonction est constituée de ses propres décisions⁷⁵³ ainsi que du cahier des charges de ces sociétés⁷⁵⁴. Les pouvoirs coercitifs de cette autorité sont somme toute très limités⁷⁵⁵, en tout état de cause, l'injonction ne peut avoir pour finalité que de faire cesser ces manquements. Elle n'a donc aucune visée répressive.

213. La loi prévoit aussi un pouvoir de sanction lié, celui-ci à l'autorisation. L'article 86 de la loi autorise la H.A.C.A. à retirer les autorisations qu'elle a délivrées aux « services locaux de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et de radiotélévision par câble »⁷⁵⁶, « pour tout motif d'intérêt public et, notamment, en cas de manquement aux obligations résultant des articles 80, 81, 83 et 84 »⁷⁵⁷. Le retrait pour motif d'intérêt public ne peut être considéré comme une sanction alors que le retrait pour manquement est une véritable sanction du comportement du bénéficiaire de la licence. La Loi de 1985 portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle⁷⁵⁸ précise ce pouvoir de sanction. La Haute autorité se voit dotée — en plus d'un pouvoir de retrait — d'un pouvoir de suspension de l'autorisation ne pouvant excéder six mois. Si la loi conserve le pouvoir de retrait et de suspension dans l'intérêt public, elle précise davantage les manquements qui peuvent faire l'objet de sanction⁷⁵⁹.

214. La Commission nationale de la communication et des libertés dispose, elle, de pouvoirs plus larges et plus diversifiés. Le législateur a ainsi voulu « ne pas laisser la C.N.C.L. désarmée, comme l'avait été la Haute Autorité, devant les manquements aux dispositions législatives et réglementaires qui ne justifient pas une suspension ou un retrait »⁷⁶⁰. Ses pouvoirs manifestent une dualité : le régime est différent en fonction des secteurs public et privé. Pour le secteur public, en cas de manquement au cahier des charges uniquement, elle

⁷⁵² V. art. 26§3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁷⁵³ La loi vise plusieurs catégories d'actes : l'article 14-I parle de recommandation, l'article 14-II de décision, l'article 19 de recommandation dont le but est l'exécution des lois, règlements et usages professionnels régissant la communication publicitaire et enfin l'article 20 parle aussi de recommandation visant à « assurer l'harmonisation des programmes des sociétés nationales ».

⁷⁵⁴ Ces cahiers des charges définissent les obligations de service public des organismes (art. 32).

⁷⁵⁵ V. en ce sens, D. Truchet, « Une loi de la dernière chance? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », JCP, 1983, I, n°3120, §17 ; J. Morange, « Les pouvoirs de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle », RDP, 1983, pp. 1509.-1520, spéc. p. 1514 (note 9) ; J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », art. préc., p. 568.

⁷⁵⁶ V. art. 17 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle, préc..

⁷⁵⁷ V. art. 86 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle, préc..

⁷⁵⁸ V. Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle (JORF, 14 décembre 1985, p. 14535).

⁷⁵⁹ V. art. art. 14 de la loi portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle (préc.), modifiant l'art. 86 de la loi de 1982 (préc.).

⁷⁶⁰ V. J. Morange, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », dans le numéro spécial de la R.F.D.A., La nouvelle réforme de l'audiovisuel, 1987, n°3, ici pp. 372-385, ici p. 382.

dispose, comme au Royaume-Uni, de pouvoirs qui s'apparentent à la « *sunshine regulation* » : elle adresse des observations publiques au Conseil d'administration de la société nationale de programme concernée en cas de manquement grave à son cahier des charges⁷⁶¹. Pour le secteur privé, son pouvoir de sanction est, lui, plus intimidant. Il s'exerce, aux termes de la loi, en deux temps : d'abord, la C.N.C.L. doit mettre le titulaire de l'autorisation qui a commis un manquement en demeure de respecter ses obligations. Ce n'est que le non-respect de cette mise en demeure qui peut, au terme d'un délai fixé par la Commission, justifier la suspension ou le retrait de l'autorisation. Le fondement juridique de ce pouvoir est plus large qu'au Royaume-Uni, puisque c'est la méconnaissance tant des textes législatifs et réglementaires que de l'autorisation qui peut entraîner la mise en demeure et éventuellement la sanction⁷⁶². Son pouvoir coercitif consiste donc en un pouvoir d'injonction d'abord et un pouvoir basé sur l'autorisation (réduction ou suspension de celle-ci).

Enfin, la loi n'exclut pas le recours au juge puisque la Commission peut saisir le président de la section du contentieux du Conseil d'État afin qu'il ordonne à la personne auteur des manquements de se conformer à ses obligations et de mettre fin à l'irrégularité. Il s'agit donc ici aussi d'un pouvoir d'injonction dont l'objet est d'assurer le respect de la légalité.

215. La réforme décisive, en 1989, achèvera de donner son visage définitif au volet coercitif des pouvoirs de l'autorité de l'audiovisuel⁷⁶³. Cette réforme consacre pour la première fois un pouvoir de sanction pécuniaire dans l'audiovisuel. La réforme fut motivée par la nécessité de mettre en place « un système de sanctions crédibles et modulables »⁷⁶⁴ dans le secteur. Les pouvoirs coercitifs dont la C.N.C.L. était dotée se sont en effet avérés mal adaptés à l'exercice de sa mission⁷⁶⁵, c'est pourquoi elle a appelé, dans son premier rapport annuel, à la possibilité de prononcer des sanctions financières⁷⁶⁶. L'absence de pouvoir de sanction financière a

⁷⁶¹ V. article 13 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁷⁶² V. article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La loi prévoit aussi un cas de retrait — mais sans mise en demeure préalable — qui n'est pas une sanction en cas de modification substantielle « des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée — notamment de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction, et dans les modalités de financement » (article 42 al. 3).

⁷⁶³ V. Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JORF, 18 janvier 1989, p. 728). V. P. Huet, « La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication », D., 1989, Chronique XXVII, pp.179-188 ; J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », Actualité Jur. — Droit administratif, 20 février 1989, pp. 59-76 ;

⁷⁶⁴ V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », préc., p. 75. V. en ce sens les travaux parlementaires, le discours du rapporteur J.-J. Queyranne (A.N., 1^{re} séance du 5 décembre 1988, p. 3099, JORF, Année 1988, n°56(1), A.N., mardi 6 déc. 1988)

⁷⁶⁵ V. J. Chevallier, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », préc., p. 63 ; X. Delcros, Actualité Jur. — Droit administratif, 1988, pp. 210 suiv. ; V. aussi les critiques dans la presse pour l'inaction de la C.N.C.L. : Pierre-Angel Gay, « Après les déclarations de Mme Catherine Tasca et de M. Bertrand Labrusse La C.N.C.L. en état de crise », Le Monde, 25.09.87 ; Jean-François Lacan, « Selon M. Roger Bouzinac, Les chaînes n'ont pas respecté leurs engagements en matière de publicité », Le Monde, 15.12.87 ; Jean-François Lacan, « La Cinq et M 6 devant la C.N.C.L. Des bilans médiocres une sanction encore hypothétique », Le Monde, 27.03.88 ; Jacqueline Baudrier, « CNCL, dommage... », Le Monde, 23.12.88. La CNCL avait en effet déclaré : « une mesure de suspension, à plus forte raison de retrait, qui aurait pour premier effet de priver de programmes de nombreux téléspectateurs est difficilement applicable, surtout pour une chaîne d'audience nationale ». V. dans les débats parlementaires sur la loi de 1989 les propos de B. Schreiner (p. 3274), J.-J. Queyranne (p. 3274), C. Tasca (au Sénat, p. 872-873).

⁷⁶⁶ V. J.-F. Lacan, « Dans son premier rapport annuel La CNCL demande les moyens de poursuivre sa mission », Le Monde, 12.01.88. La C.N.C.L. cite dans son rapport l'exemple du Conseil de la concurrence, qui est en effet une des premières autorités administratives indépendantes à avoir été dotée d'un pouvoir de sanction pécuniaire (V. premier rapport annuel, nov. 1986-nov. 1987, spéc. p. 217).

poussé la C.N.C.L. à chercher la solution devant le juge administratif, mais celui-ci ne pouvait pas sanctionner les manquements passés si bien que cet outil s'est révélé inefficace⁷⁶⁷.

L'article 19 crée un véritable arsenal de sanctions, mais le C.S.A. dispose aussi d'un pouvoir correctif. Il peut en effet mettre en demeure le titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter ses obligations.

Ce texte marque bien un tournant puisqu'il manifeste une autonomisation de la sanction. L'arsenal traditionnel, reposant sur les principes de l'autorisation (pouvoir d'injonction pour faire respecter les principes de l'autorisation et sanction dont l'objet est l'autorisation qui est suspendue ou retirée), laisse donc la place à une logique plus répressive, puisque l'objet de la sanction ne porte plus seulement sur le lien, l'autorisation. Toutefois, la sanction financière ne peut être prononcée qu'à la suite du non-respect de la mise en demeure, d'après les jurisprudences conjointes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

L'introduction de ce nouveau pouvoir de sanction pécuniaire a bénéficié du précédent du Conseil de la concurrence. La C.N.C.L. invoque elle-même ce modèle dans son rapport annuel pour revendiquer l'attribution d'un tel pouvoir⁷⁶⁸ et le rapport d'experts réunis pendant l'été 1988 pour réfléchir sur la réforme de la C.N.C.L. reprend cet argument.

Ce nouveau pouvoir n'a pas manqué de susciter une forte opposition au Parlement et a constitué un des moyens soulevés lors de la saisine du Conseil constitutionnel⁷⁶⁹.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel dispose aussi, dans son arsenal coercitif, de sanctions contractuelles⁷⁷⁰. Les conventions que le Conseil sera amené à conclure avec les sociétés privées devront préciser notamment « les prérogatives et notamment les pénalités contractuelles dont dispose le C.S.A. pour assurer le respect des obligations conventionnelles »⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ V. J.-F. Lacan, « La Cinq et M6 devant leurs juges », *Le Monde*, 26.03.88. « L'absence de pouvoir de sanction financière a poussé la C.N.C.L. à chercher la solution devant le juge administratif, mais celui-ci ne pouvait pas sanctionner les manquements passés si bien que cet outil s'est révélé inefficace : La Commission peut, par exemple, saisir la section du contentieux du Conseil d'État qui peut, en référé, infliger des amendes aux chaînes fautives. Mais cette arme juridique est, hélas ! inutilisable. La C.N.C.L. vient de le comprendre en poursuivant TF1 pour dépassements de ses quotas publicitaires. Le Conseil d'État a bien prononcé une astreinte financière de 16000 F par seconde, mais cette amende vise les dépassements futurs de la chaîne. La procédure du référé ne permet pas de sanctionner les minutes de publicité excédentaires, dûment constatées en octobre, novembre et décembre. Le Conseil d'État ne pourra donc pas sanctionner les bilans annuels de la Cinq et de M6. Il ne pourra même pas fournir une "épée de Damoclès" pour le futur, car, à la différence des dépassements publicitaires, qui peuvent être repérés au jour le jour, les obligations de programmes sont contrôlées sur un an. Ce qui reporterait les sanctions éventuelles à 1989 ! La C.N.C.L. se trouve donc singulièrement désarmée. Il ne lui reste plus que l'"arme atomique" : la suspension de l'autorisation. Mais les "sages" oseront-ils couper — même symboliquement pour quelques jours — les émetteurs de la Cinq et de M6 ? Nombreux sont ceux qui jugent dangereuse une telle décision, surtout en pleine campagne électorale. La C.N.C.L. ne peut, néanmoins, ne rien faire. La crédibilité de l'institution — déjà fort entamée — recevrait un coup fatal. De plus, TF1, qui doit subir son examen de passage quelques semaines plus tard, en tirerait argument pour ne plus respecter ses obligations. Toute la réglementation du paysage audiovisuel se trouverait alors compromise ».

⁷⁶⁸ V. premier rapport annuel, nov. 1986-nov. 1987, spéc. p. 217.

⁷⁶⁹ V. M. Péricard, A.N. – 1^e séance du 7 décembre 1988, p. 3273

⁷⁷⁰ V. art. 28 alinéa 4 de la loi de 1989 relative à la liberté de communication, qui modifie l'article 105-III de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

⁷⁷¹ V. le comm. de B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 De du 17 janvier 1989) », *RFDA*, 1989 (2), pp. 215-228, spéc. p. 219. La loi précise que « Ces pénalités ne peuvent être supérieures aux sanctions prévues aux 10, 20 et

La fonction coercitive des autorités de régulation permet de mettre en évidence un chemin parallèle suivi par les deux pays. Partis de conception semblable de la fonction coercitive associée à l'autorisation préalable — même si la nature de cet acte est plus incertaine au Royaume-Uni et si l'on peut constater une absence de systématisation de ces pouvoirs de la part des juges —, les deux pays connaissent un essor des sanctions pécuniaires. Alors qu'au départ ce pouvoir n'appartient pas en propre à l'Administration qui doit saisir le juge pénal, seul compétent pour prononcer ce type de sanction, et alors qu'au départ l'Administration ne dispose que d'un pouvoir de retrait ou de suspension ; on observe aujourd'hui, dans les textes et dans la pratique, une inversion : le retrait et la suspension ne sont qu'exceptionnels et c'est la sanction pécuniaire qui constitue le droit commun de la répression administrative.

L'étude de la fonction coercitive doit être poursuivie par celle des pouvoirs de règlement des différends.

B — La naissance du pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation

Il est très difficile de comprendre comment ce pouvoir est né. Rien, dans les travaux préparatoires des différentes lois, n'explique sa mise en place. Il faut donc procéder autrement pour comprendre comment l'idée de cette fonction administrative a pu émerger. Il faudra retracer la genèse progressive de la fonction de règlement des différends au Royaume-Uni (1) avant d'exposer sa naissance en France avec la création du Médiateur du cinéma, manifestant une consécration discrète, mais néanmoins législative de cette fonction (2).

1 — La genèse progressive de la fonction de règlement des différends

216. La fonction de règlement des différends est profondément ancrée dans la volonté de poursuivre le mouvement engagé depuis le début des années 1980 qui voit se succéder après la démonopolisation⁷⁷², la privatisation⁷⁷³ et finalement la volonté finale de promouvoir, de développer la concurrence sur les différents marchés. Mais l'ouverture à la concurrence et la privatisation sont en réalité, deux objectifs qui s'avèrent juridiquement antinomiques : si l'on privatise l'opérateur historique tout en lui laissant la propriété du réseau, les principes du droit privé des biens tant anglais que français s'opposent à l'ouverture à la concurrence. La fonction de règlement des différends émerge donc par le besoin de concilier ces deux éléments : réaliser la concurrence en forçant l'opérateur historique à ouvrir son réseau.

30 de l'article 42-1 de la présente loi ; elles sont notifiées au titulaire de l'autorisation qui peut, dans les deux mois, former un recours devant le Conseil d'État ».

⁷⁷² La démonopolisation doit s'entendre comme la fin du droit exclusif dont jouissaient jusqu'à présent les entreprises de services public en réseau. La fin de ce droit exclusif dans les télécommunications date de 1984 (Telecommunications Act, article 2), de 1986 dans le domaine du gaz (Gas Act, article 3). Dans le domaine de l'électricité, de l'eau et du chemin de fer, les lois sont muettes sur ce point. Néanmoins, lorsque les lois soumettent l'activité en cause à la détention d'une autorisation administrative préalable on peut en inférer que le secteur ne sera plus exploité en monopole (v. par exemple dans le secteur postal, Postal Services Act 2000, article 6, réformé dans le sens d'une ouverture plus grande à la concurrence par le Postal Services Act de 2011).

⁷⁷³ La privatisation dans le domaine des télécommunications est autorisée et encadrée par la partie V de la loi de 1984 sur les télécommunications, la partie II de la loi de 1986 sur le secteur gazier, la partie II de la loi de 1989 sur l'électricité, la partie V de la loi de 1989 sur l'eau et la partie II de la loi de 1993 sur le secteur ferroviaire. V. sur ce point C. Graham, T. Prosser, *Privatizing public enterprises : constitutions, the state, and regulation in comparative perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

C'est d'abord l'origine conceptuelle de cette fonction qu'il faudra mettre à jour, origine qui fournit les conditions de possibilité de cette nouvelle fonction (a). Ensuite, il est nécessaire d'étudier la notion d'interconnexion (b), pour enfin analyser celle d'accès (c), consubstantielle à la fonction de règlement des différends.

a - Les conditions de possibilité conceptuelle de l'émergence de cette nouvelle fonction : le rôle de la pensée économique

217. L'histoire de cette nouvelle fonction est difficile à retracer avec précision. Force est néanmoins de constater que, c'est aux États-Unis que les idées ont émergé, à la fois économiquement, puisque c'est dans la doctrine économique que la question de l'accès et de son pendant technique l'interconnexion ont été théorisées ; et juridiquement mis en œuvre par les tribunaux, les autorités de régulation et le Congrès. L'émergence de cette fonction s'explique par la prise de conscience progressive de la nécessité de trouver un moyen simple et efficace pour obliger les opérateurs historiques à ouvrir leur réseau. C'est une solution toute pragmatique à un problème récurrent que les juridictions se sont avérées incapables de résoudre de manière efficace.

Les États-Unis ont connu une évolution assez similaire à l'Europe dans la réglementation des services publics en réseau. Ce pays a eu certes moins recours à la gestion publique directe, sauf dans le domaine postal⁷⁷⁴, mais dans l'ensemble des secteurs le monopole — le plus souvent d'ailleurs local — était de mise.

218. L'évolution qui mène aux États-Unis, de l'activité exercée en monopole sous la protection d'un droit exclusif, à la déréglementation totale dans certains cas comme l'aviation ou à la reconfiguration de l'intervention de l'autorité administrative, ne peut s'expliquer sans référence à l'évolution profonde de la pensée économique qui caractérise ces années⁷⁷⁵. Les économistes se mirent à remettre en question les postulats économiques de la réglementation classique : tant la justification même de la réglementation (la théorie du monopole naturel) que ses effets ou ses buts (le bénéfice du consommateur), que ses deux outils majeurs (la restriction à l'entrée sur le marché par l'intermédiaire des droits exclusifs⁷⁷⁶, et la réglementation des prix). L'innovation de la politique américaine, qui naît dans le secteur des télécommunications et de l'énergie, résulte d'une double prise de conscience. D'une part, les économistes prennent conscience de l'hiatus entre le monopole véritablement naturel et le monopole juridique (i). D'autre part, ceux-ci vont concentrer le feu de leurs critiques sur les

⁷⁷⁴ Ce monopole dans le secteur postal est d'ailleurs à l'origine de l'engagement d'un des plus célèbres « libertarien » américain, Lysender Spooner, qui avait créé son entreprise de transport et de distribution de courrier, dont il se vit privé par le Congrès qui vota une loi instituant un monopole étatique dans le domaine postal. V. L. Spooner, *The unconstitutionality of the laws of congress prohibiting private mail*, New York, Printing Establishment, 1944, cité dans S. Caré, *La pensée libertarienne : genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale*, Paris, P.U.F., coll. Fondements de la politique, 2009.

⁷⁷⁵ V. l'affirmation très nette de l'influence de la pensée économique sur la réforme in M. Derthick, P. J. Quirk, *The politics of deregulation*, Washington, D.C., Brookings Institution, 1985, p. 36 ; V. aussi C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. 373 suiv. ; R. B. Horwitz, *The irony of regulatory reform: the deregulation of American telecommunications*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 206 (cet auteur montre l'alliance entre le monde des affaires et les économistes à travers les financements importants que des fondations comme la Fondation Ford ont pu attribuer à la recherche dans le domaine de la « regulation »).

⁷⁷⁶ L'École de Chicago, suivant en cela les travaux de Stigler, remet fortement en question la légitimité des barrières à l'entrée.

instruments juridiques d'encadrement des secteurs : l'autorisation administrative préalable qui ferme le marché et la police des prix (ii).

i — La remise en question de la notion de monopole naturel

219. D'une part, l'existence d'un monopole naturel⁷⁷⁷ est, dans certains domaines, remise en question. À la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, la concurrence au niveau local dans les services publics en réseau s'est avérée incapable d'atteindre des résultats satisfaisants. Alors, la notion de monopole naturel fut avancée pour rendre compte de cet échec et justifier l'exercice de l'activité en monopole, c'est-à-dire en régime de droit exclusif. Le rôle de l'autorité publique, dans ce cadre, était de protéger l'opérateur historique⁷⁷⁸. Les études économiques vont tenter de montrer d'abord que bien souvent le monopole naturel, au sens économique du terme, ne recouvre pas l'ensemble du monopole effectif, au sens juridique du terme. En effet, les entreprises en monopole ont progressivement étendu leurs activités à des domaines connexes comme la fabrication et la vente de téléphone pour l'opérateur de télécommunication. Ce secteur, la fabrication d'équipements de télécommunications, ne fait pas partie du monopole naturel. Ensuite, une concurrence a commencé à s'exercer entre différentes technologies : pour le transport, le train se voit concurrencé par la route ; dans l'énergie, le gaz est, lui, menacé par de nouvelles énergies comme le pétrole⁷⁷⁹. Au total, l'évolution des technologies rend la justification du monopole naturel inadaptée aux conditions présentes : dans bien des cas, une concurrence opère. Dans d'autres secteurs comme le transport routier ou l'aviation, les recherches montrent que ceux-ci ont été à tort assimilés à des monopoles naturels⁷⁸⁰. Ce sont ces secteurs qui subissent la première véritable

⁷⁷⁷ La littérature sur cette notion, même la littérature juridique, retient une définition économique qui repose sur la notion d'échec de marché. L'existence d'un monopole naturel est un cas classique, à côté de l'existence d'externalités et de biens communs, d'échec de marché. L'existence d'un monopole naturel est justifiée car, dans ce cas, le monopole est plus bénéfique pour la société, le service étant produit à moindre coût, en raison de l'existence d'économie d'échelle. Le problème de la définition économique est qu'apparemment c'est une définition *a posteriori* : un monopole naturel existe lorsque qu'une seule compagnie produit des biens et des services à un coût moindre que deux compagnies. V. sur cette notion A. E. Kahn, *The economics of regulation: principles and institutions*, Cambridge, Mass., London, MIT Press, 1988, tome 1, p. 11 ; J. Vickers, G. Yarrow, *Privatization: an economic analysis*, préc., p. 58, p. 197, passim. ; F. A. Santiago Junior, *La régulation du secteur électrique en France et au Brésil*, Thèse dactyl., Paris 1, 2007, p. 12, §9, note 8. ; M. P. Hantke Domas, *Economic Regulation of Public Utilities With Natural Monopoly Features, A Study of Limitations Imposed by Property Rights From a Legal and Economic Appraoch*, PhD, University of East Anglia, 2005, passim., spéc. p. 85 suiv. ; F. Levêque, *Économie de réglementation*, Paris, La Découverte, Repères, 1998, spéc. p. 51 ; G. Dezobry, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles)*, Thèse dactyl., Paris X-Nanterre, 2007, p. 163, note 586. Le sens moderne de cette notion est issue des ouvrages de J. S. Mill, même si celui-ci emploie le terme de « monopole pratique » et il est intéressant de voir que cette notion est forgée à partir de l'analyse des services publics (eau, gaz, chemin de fer) pour lesquelles l'existence d'économie d'échelle rend plus efficace la présence d'une seule entreprise sur le marché (v. J. S. Mill, *Principles of Political Economy*, dans *Collected Works of John Stuart Mill*, 2 et 3, Toronto, University of Toronto Press, Londres, Routledge and K. Paul, 1965, pp. 132-133 ; v. aussi G. Numa, « Note sur le monopole naturel et le monopole pratique chez J. S. Mill », *Revue économique* 2/2010 (vol. 61), p. 341-352.

⁷⁷⁸ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. XX ; D. Custos, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, Paris, Montréal, l'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999, p. 333.

⁷⁷⁹ V. les chiffres avancées par A. E. Kahn, *The economics of regulation*, préc., vol. I, p. 64.

⁷⁸⁰ Les raisons qui ont incité à la réglementation du secteur aéronautique sont essentiellement le caractère destructeur de la concurrence dans ce secteur dans les années 1930 (v. A. E. Kahn, « *The Political Feasibility of*

déréglementation⁷⁸¹, dans le sens qu'ils ne sont plus encadrés que par les règles du droit commun, c'est-à-dire du droit privé et du droit de la concurrence.

ii — La remise en cause de la police : le pouvoir d'autorisation et la police des prix

220. D'autre part, l'intérêt des outils principaux de la réglementation à savoir l'attribution de droits par l'intermédiaire de l'autorisation administrative préalable est fortement remis en question. Il apparaît que le système de l'autorisation préalable est le principal outil juridique qui fait l'objet des attaques des économistes, car il constitue une barrière légale à l'entrée sur le marché. L'histoire des différents secteurs montre que, même en l'absence de droits exclusifs, les autorités furent très réticentes à accorder de nouvelles autorisations pour augmenter le nombre de concurrents. Dans le domaine aéronautique, le Civil Aeronautics Board n'accorda aucune autorisation supplémentaire. Les seize compagnies exerçant leur activité dans ce secteur en 1938 n'étaient même plus que dix dans les années 1970, en raison des mouvements de fusion qu'il connut⁷⁸². L'autre instrument classique, la police des prix, subit, elle aussi, le feu de la critique. La réglementation des prix utilisait comme standard le taux de rendement⁷⁸³ qui devait être calculé par l'autorité administrative de manière à être juste et raisonnable. Des promoteurs de la tarification au coût marginal commencèrent à faire entendre leur voix et parmi eux, le plus fervent en théorie et le plus influent en pratique fut Alfred E. Kahn⁷⁸⁴. Cette proposition revenait en réalité, pour l'autorité administrative à jouer le même rôle que le marché puisqu'en théorie microéconomique le prix est équivalent au coût marginal⁷⁸⁵. La police des prix, pour être légitime, doit dès lors reproduire l'effet du marché.

Regulatory Reform : How did we do it? », in LeRoy Graymer, F. Thompson, *Reforming social regulation Alternative Public Policy Strategies*, pp. 247-263, spéc. p. 250).

⁷⁸¹ V. Airline Deregulation Act (Pub.L. 95-504), du 24 octobre 1978. Pour l'histoire de la déréglementation du secteur aéronautique aux États-Unis et le rôle joué par S. Breyer et le sénateur Kennedy v. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, p. 379. Le mouvement, commencé en 1974 fut achevé en 1978. La loi retira de fait son rôle à l'autorité de régulation, le Civil Aeronautics Board, qui fut fermée en 1985. La déréglementation toucha aussi rapidement le transport routier (v. Foster, ouvrage préc., pp. 379-380).

⁷⁸² V. T. K. McCraw, *Prophets of regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*, Belknap Press of Harvard University Press, 1984, p. 263, 266, 272 et 279.

⁷⁸³ En anglais « rate of return ».

⁷⁸⁴ V. A. E. Kahn, *The economics of regulation*, préc., vol. I, p. 65. M. Kahn, professeur d'économie à Cornell, acquit une grande célébrité à la sortie de son livre au début des années 1970. Ce succès de librairie lui valut des nominations prestigieuses : d'abord à la tête de la New York Public Service Commission en 1974 et, en 1977-1978, il présida à la destinée de l'autorité en charge du secteur aéronautique (le Civil Aeronautics Board). V. T. K. McCraw, *Prophets of regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*, Belknap Press of Harvard University Press, 1984, p. 223-224.

⁷⁸⁵ Le coût marginal est défini comme le coût que supporte l'opérateur pour produire une unité supplémentaire. Pourquoi faut-il tarifier au coût marginal ? L'utilisation de cet indicateur s'explique par la nécessité de partir du point de vue du consommateur. Le consommateur doit faire face à un choix, d'acheter plus ou moins certains produits. Dans une économie caractérisée par la rareté, le choix du consommateur se traduira par une sélection d'opportunités, consommer davantage, ou au contraire, moins, tel ou tel produit. Si le prix reflète ce coût d'opportunité, les consommateurs opéreront un choix éclairé : leur satisfaction en écartant certains biens au profit d'autres sera alors optimal et surtout les ressources nécessairement limitées se dirigeront vers les produits qui rencontreront le suffrage le plus important de la part des consommateurs. En conséquence, si les tarifs ne reflètent pas le coût marginal, l'optimum ne sera pas atteint, soit les consommateurs consommeront trop ce qui se traduira par un gaspillage soit ils ne consommeront pas suffisamment (v. notamment A. E. Kahn, *The economics of regulation*, préc., vol. I, p. 66-67). V. aussi P. A. Samuelson, W. D. Nordhaus, *Économie, Économica*, 16^e éd., spéc. pp. 138-140 (en concurrence pure et parfaite le prix est égal au coût marginal).

221. Mais ces critiques ne doivent pas masquer que le changement réel se situe à un autre niveau : la conception du marché a changé. La notion qui permet de comprendre la cohérence de la remise en cause tant du monopole naturel que du système et de la pratique de l'autorisation préalable et de la police des prix est la notion de contestabilité. L'émergence de cette notion correspond d'ailleurs à un changement dans la conception même de la concurrence, d'un phénomène statique tel que le présentait l'école néoclassique, celle-ci est désormais pensée comme un phénomène dynamique, et c'est à ce titre que la notion de contestabilité s'inscrit bien dans ce changement de paradigme⁷⁸⁶. C'est cette notion qui permet de comprendre les changements intervenus dans les différents secteurs et, surtout, la mise en place, de la fonction de règlement des différends devant l'autorité administrative.

222. La notion de contestabilité, sa définition progressive a eu une influence considérable sur la politique mise en place par les autorités sectorielles. Le modèle de la contestabilité, qui s'inscrit et ne peut se comprendre que dans le cadre plus large de la réflexion sur la redéfinition de la notion de barrière à l'entrée d'un marché⁷⁸⁷, se présente comme un moyen de changer de paradigme face au modèle de la concurrence pure et parfaite. Ce changement de paradigme permet de penser autrement la politique publique, les modalités de l'intervention de l'État. Alors que dans le modèle de concurrence pure et parfaite, tout écart, tout échec du marché peut justifier l'intervention de l'État et éventuellement l'existence d'un monopole légal, les promoteurs de la contestabilité, William J. Baumol, John C. Panzar et Robert D. Willig, vont montrer que le simple fait qu'un marché soit contestable suffit à discipliner l'entreprise présente sur celui-ci⁷⁸⁸. Ce changement de paradigme bouleverse alors la manière dont la politique publique doit être pensée. L'expression des conséquences politiques de ce changement théorique revint à Elizabeth E. Bailey qui travailla au Civil Aeronautics Board⁷⁸⁹. Si la contestabilité suffit à discipliner correctement l'opérateur historique, car la concurrence pour le marché a un effet disciplinant, celle-ci rend l'intervention publique inutile, ou plutôt, l'intervention publique doit être repensée, non plus

⁷⁸⁶ V. E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2008, spéc. p. 104. Nous reviendrons sur ce point plus bas.

⁷⁸⁷ L'École de Chicago remet complètement en question l'importance des barrières à l'entrée sur le marché que l'école structuraliste avait mise en avant. Cette notion est considérablement réduite pour ne désigner que les coûts de production supplémentaires supportés par l'entreprise qui veut entrer sur le marché et que ne supportent pas les entreprises déjà présentes. Cette redéfinition fait perdre à la notion toute portée car tous les investissements que l'entreprise devra supporter sont déjà supportés par les acteurs présents si bien que ceux-ci ne disposent pas, en réalité et contrairement à ce que pensait la théorie classique, d'un avantage particulier qui nuirait à l'entrée. V. M. A. Eisner, *Antitrust and the triumph of economics: institutions, expertise, and policy change*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991, pp. 103 suiv. ; R. A. Posner, « The Chicago School of Antitrust Analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n° 4 (Apr., 1979), pp. 925-948.

⁷⁸⁸ V. L'ensemble de la pensée de ces auteurs et leurs différents articles sur le sujet pendant les années 1970 est contenu dans W. J. Baumol, J. C. Panzar, R. D. Willig, *Contestable markets and the theory of industry structure*, avec les contributions de E. E. Bailey, D. Fischer, H. C. Quirmbach, New York, London, Harcourt Brace Jovanovich, 1982. La réflexion sur ce sujet a aussi été initiée par Demsetz (H. Demsetz, « Why Regulate Utilities », *Journal of Law & Economics*, Apr. 1968, vol. 11, pp. 55-65).

⁷⁸⁹ Elle exprime et développe les conséquences politiques de la théorie de la contestabilité à la fois dans un article (« Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy », *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 2, *Papers and Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1981), pp. 178-183) et dans l'ouvrage de Baumol, Panzar et Willig, *Contestable markets and the theory of industry structure* (préc.).

pour protéger les consommateurs puisque cette protection est désormais inutile, car assurée par la peur des nouveaux entrants potentiels, mais, au contraire, pour promouvoir la contestabilité. Pour ce qui nous intéresse, la théorie de la contestabilité a une influence directe sur le droit.

223. Le standard n'est donc plus la concurrence pure et parfaite, mais un nouveau modèle : le marché parfaitement contestable, qui est un marché ouvert à la concurrence et dans lequel les nouveaux entrants ne font face à aucun désavantage par rapport aux entreprises présentes et duquel ils peuvent sortir sans coûts excessifs⁷⁹⁰. L'intervention publique doit donc être orientée, dans ce cadre, vers l'augmentation de la contestabilité des marchés ce qui a deux conséquences.

224. D'une part, il faut supprimer ou diminuer les règles juridiques qui réduisent la contestabilité du marché en érigeant des barrières à l'entrée sur ce marché. La politique d'autorisation préalable doit donc être repensée. La contestabilité a aussi une conséquence sur la police des prix puisque pour que le marché soit contesté, il est nécessaire que les nouveaux arrivants puissent pratiquer des prix plus faibles.

225. D'autre part, les politiques publiques doivent désormais tendre à augmenter la contestabilité. La barrière à l'entrée sur le marché la plus dirimante réside dans les coûts de sortie de celui-ci. Si ces coûts sont des coûts irrécupérables, c'est-à-dire si ce sont des coûts que le nouveau compétiteur devra supporter pour entrer sur le marché sans pouvoir les récupérer s'il échoue devant l'opérateur historique, cela peut constituer un obstacle définitif à la contestabilité du marché. Dans ce cas, qui nous intéresse particulièrement puisque dans l'ensemble des industries en réseau, il y a des coûts irrécupérables importants, la politique doit être orientée spécifiquement vers l'abolition ou l'aménagement de ceux-ci.

226. Elizabeth E. Bailey explique ainsi que les moyens pour diminuer les barrières à l'entrée, liées à l'acquisition d'infrastructures coûteuses, doivent être orientés vers la mise en place de mécanismes qui rendent bénins l'exercice du pouvoir associé à ces infrastructures⁷⁹¹. Elle propose donc soit la nationalisation de ces infrastructures sur le modèle des autoroutes et des routes qui sont la propriété de la collectivité, soit la mise en place d'un consortium qui deviendrait propriétaire de ces infrastructures. Les règles doivent favoriser l'accès de manière non discriminatoire et permettre le transfert ou la location ou l'utilisation commune de la manière la plus aisée⁷⁹².

On comprend bien à quel point cette théorie et le changement de paradigme qu'elle emporte sont à l'origine de la fonction de règlement des différends, d'abord en ce qu'elle met comme point focal, essentiel, de la politique, non plus la protection des usagers comme auparavant, mais l'accès au marché pour rendre celui-ci contestable.

L'histoire de la genèse effective, en droit, de la fonction de règlement des différends comprend deux étapes distinctes : d'abord la première étape, qui prend place aux États-Unis et au Royaume-Uni, est l'étape de l'interconnexion (b) ; tandis que la seconde étape, qui est la source directe de l'élaboration du règlement des différends, est celle, de l'accès (c). Il est important de distinguer ces deux notions, car elles posent des problèmes juridiques différents.

⁷⁹⁰ V. R. D. Willig, entrée « contestable markets » in, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2^{de} éd., 2008, édité par S. N. Durlauf et L. E. Blume.

⁷⁹¹ V. E. E. Bailey, « Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy », préc., p. 179.

⁷⁹² V. E. E. Bailey, « Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy », préc., p. 179.

b - L'exigence d'interconnexion

L'exigence d'interconnexion est formalisée progressivement aux États-Unis (i) et sera reprise au Royaume-Uni (ii).

i — Le précédent américain

227. L'idée d'interconnexion est ancienne, on en trouve des exemples nombreux dès le XIX^e siècle aussi bien en France⁷⁹³ qu'au Royaume-Uni⁷⁹⁴. Elle est liée, elle est consubstantielle à la nature même des réseaux. Mais l'idée de se servir de la notion d'interconnexion dans le but de promouvoir la concurrence est en revanche nouvelle.

En effet, les compagnies qui avaient construit un réseau avaient besoin de se connecter aux réseaux concurrents afin d'offrir un meilleur service. Cet effet du réseau est évident dans le domaine des télécommunications puisque l'interconnexion permet ainsi au client d'un réseau d'appeler une personne abonnée à un autre réseau. Pourtant, la notion d'interconnexion perdit de son intérêt avec la constitution des grands monopoles dont la genèse a été retracée plus haut. L'intérêt pour cette notion renaîtra pourtant à la fin des années 1950.

228. Aux États-Unis, l'essor de l'interconnexion eut lieu en plusieurs moments et correspond à une réduction progressive du monopole de l'opérateur historique⁷⁹⁵. D'abord, des compagnies concurrentes voulurent entrer sur le marché des équipements téléphoniques et proposer des appareils concurrents de ceux d'AT & T. Après un refus de la Federal Communications Commission (F.C.C.), au motif que l'entreprise était propriétaire de son réseau et pouvait décider de ne pas autoriser ces appareils à se connecter à son réseau ; les tribunaux en décidèrent autrement et soutinrent les nouveaux entrants⁷⁹⁶. Ensuite, la

⁷⁹³ Ainsi, dans le domaine des chemins de fer, on peut trouver un exemple d'obligation d'interconnexion chez L. Aucoc. (L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, tome 3, Paris, Dunod, 1869-1876, pp. 569 suiv., n° 1486 suiv.). On remarque d'ailleurs que cette obligation d'interconnexion qui permet à une compagnie d'utiliser le réseau d'une autre entreprise interconnectée à son propre réseau a donné lieu à l'époque à une procédure qui se rapproche de la procédure de règlement des différends puisque, selon L. Aucoc, « Dans le cas où les compagnies ne pourraient s'entendre sur l'exercice de la faculté de circulation, le Gouvernement statue sur les difficultés qui s'élèvent entre elles. Il faut bien remarquer que ce n'est pas à l'administration supérieure, comme dans la plupart des articles du cahier des charges, c'est au Gouvernement que le droit de statuer est attribué. Par conséquent, c'est un décret et non une simple décision du ministre des travaux publics qui doit intervenir en pareil cas. » (n°1490, p. 572). Le fondement du pouvoir du ministre est la continuité du service (v. aussi n°1491). V. aussi en matière énergétique, l'obligation d'interconnexion qui incombait à Électricité de France en vertu de 1^{er} du décret n° 55-662 du 20 mai 1955 en faveur des producteurs autonomes d'énergie. En cas de litige le Ministre est doté d'un pouvoir de règlement des différends par le cahier des charges (v. article 27 du cahier des charges approuvé par le décret du 23 décembre 1994 ; J.O.R.F., 28 décembre 1994, p. 18564). V. sur ce dernier point L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie, *Mélanges F. Moderne*, pp. 393-406, ici p. 399.

⁷⁹⁴ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., pp. 30-31. Les compagnies de chemin de fer avaient établi, d'elles-mêmes, un organisme, le Railway Clearing House.

⁷⁹⁵ Comme le montre bien J. Tunstall, le monopole de l'opérateur dominant aux États-Unis, mais aussi en Europe est en fait un quadruple monopole : en amont sur la recherche, sur les équipements (les câbles et les appareils), la technologie et enfin les services téléphoniques eux-mêmes. Il dénombre seize activités dans lesquelles AT&T possède un monopole. V. J. Tunstall, *Communications deregulation: the unleashing of America's communications industry*, Oxford, Blackwell, 1986, pp. 96-99.

⁷⁹⁶ V. *Hush-A-Phone v. United States*, 238 F.2d 266 (D.C. Cir. 1956). La Commission réexamina sa décision et décida ainsi que les équipements téléphoniques pourraient se connecter au réseau de l'opérateur historique à la

concurrence se développa sous la forme d'un service de communications longues distances réservé aux entreprises : en 1969, la Federal Communications Commission autorisa un concurrent à déployer un service de télécommunications entre plusieurs villes à l'usage exclusif des entreprises. Mais le nouvel entrant, MCI, voulut aller plus loin et proposa à la F.C.C. un service qui permettait à ses clients de joindre n'importe qui dans les villes desservies par cette société. Ce nouveau service, appelé Execunet, fut refusé par deux fois par la F.C.C.. Les tribunaux rejetèrent l'interprétation de la F.C.C. et déclarèrent que l'autorisation d'établir un réseau ne pouvait comporter une restriction sur le type de client que l'opérateur était en droit de desservir⁷⁹⁷. Mais, malgré le développement de la concurrence, l'opérateur historique refusa d'interconnecter son réseau, soutenu par la Commission jusqu'à une seconde censure dans la décision Execunet II⁷⁹⁸.

Ce sont donc largement la F.C.C. et surtout les tribunaux qui, aux États-Unis, ont établi l'obligation d'interconnexion⁷⁹⁹. Il s'agissait de permettre à un concurrent sur le marché des communications longues distances d'interconnecter son réseau au réseau de l'opérateur local afin de pouvoir faire acheminer ses communications vers les usagers d'autres réseaux.

La concurrence ne put ensuite se développer qu'au prix de multiples actions en justice contre l'opérateur historique alléguant que son refus d'interconnexion constituait une pratique anticoncurrentielle⁸⁰⁰. Ce n'est finalement que l'action engagée par le ministère de la Justice qui aboutit au démembrement de l'opérateur historique qui permit de résoudre le problème. L'obligation d'interconnexion générale entre les opérateurs de télécommunications de service à longue distance et les opérateurs locaux sera contenue dans l'ordonnance du juge prenant acte de l'accord entre le ministère et l'opérateur historique⁸⁰¹.

Néanmoins, les opérateurs locaux gardèrent un monopole sur leur réseau local. C'est encore, à l'époque, la théorie du monopole naturel qui permet de justifier ceci⁸⁰². Par contre, dans le domaine énergétique, c'est la loi et non l'Administration⁸⁰³ qui est intervenue pour mettre fin

condition de ne pas l'endommager. La FCC réaffirma ce principe en 1968 dans sa décision, *Carterfone* (13 F.C.C.2d 420, recons. Denied, 14 F.C.C.2d 571 (1968)). La FCC élargit encore la possibilité de connecter des équipements au réseau de AT&T dans les années 1970. V. J. Tunstall, *Communications deregulation : the unleashing of America's communications industry*, préc., pp. 96-97 ; P. W. Huber, M. K. Kellogg, J. Thorne, *Federal telecommunications law*, préc. §5.2.1.1.

⁷⁹⁷ V. Execunet I. V. Federal Telecommunications Law, préc., §9.3.5, p. 750-751.

⁷⁹⁸ V. Execunet II, 580 F.2d.

⁷⁹⁹ V. par ex. J. D. Kearney, T. W. Merrill, « The great transformation of regulated industries law », *Columbia Law Review*, octobre 1998, vol. 98, n° 6, pp. 1323-1409, spéc. p. 1337 suiv.. Ces auteurs avancent que la réforme des industries en réseau est le résultat de l'action de forces sociales et économiques profondes telles que les changements technologiques. La réforme n'a pu être obtenue, pour ces deux auteurs, que parce que les groupes d'intérêt principaux ont découvert que celle-ci pouvait jouer en leur faveur et parce que la communauté des économistes et celle de l'élite politique est parvenue à un accord sur la caractère désirable du changement.

⁸⁰⁰ V. *MCI Communications Corp. v AT&T*, 708 F.2d 1081. Toutes les actions ne furent pas entièrement au détriment de AT&T (v. par ex. *Southern Pacific Communications Co. v. AT&T*, 740 F.2d. 980).

⁸⁰¹ V. Decree Opinion, 552 F. Supp. Cette ordonnance est désignée sous le terme « Modification of Final Judgment » (M.F.J.) d'Août 1982 par lequel le juge Greene approuva l'accord entre les deux parties.

⁸⁰² V. G. W. Brock, « Interconnection Policy and Technological Progress », 58 Fed. Comm. L.J. 447 (2006), spéc. p. 447.

⁸⁰³ Au Canada aussi c'est l'autorité sectorielle (le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) qui a été à l'initiative du développement des obligations d'interconnexion imposées à l'opérateur historique (v. H. Janisch, Y. Kurisaki, « Reform of telecommunications regulation in Japan and Canada », *Telecommunications policy*, March 1985, pp. 31-40, spéc. p. 34.

au monopole dans le domaine de la production, et pour imposer aux compagnies des obligations d'interconnexion⁸⁰⁴.

ii — L'extension de l'idée d'interconnexion au Royaume-Uni : la première expression juridique du règlement administratif des différends

229. Au Royaume-Uni, cette notion fait son entrée juridiquement avec les lois de libéralisation des années 1980. La fonction de règlement des différends apparaît d'emblée comme la traduction juridique pragmatique de l'obligation d'interconnexion qui pèse sur l'opérateur historique. Cette obligation se retrouve bien souvent sous le terme « *connexion* »⁸⁰⁵. Ces lois imposent une obligation de connexion, obligation qui devra se retrouver dans l'autorisation administrative. Dans le domaine des télécommunications ainsi que dans celui du câble⁸⁰⁶, l'autorisation de l'opérateur historique reprend cette obligation d'interconnexion⁸⁰⁷.

L'obligation d'interconnexion contenue dans l'autorisation se traduit juridiquement par une obligation de contracter lorsque British Telecom reçoit une demande en ce sens. Dans le cas où les opérateurs ne parviennent pas à s'entendre, la licence prévoit l'intervention du Directeur général⁸⁰⁸.

230. Il est curieux de constater que la compétence de règlement des différends de l'autorité administrative n'est pas expressément prévue par la loi, mais par l'acte d'autorisation et l'accord d'interconnexion⁸⁰⁹. La lecture des travaux parlementaires montre que, pour les concepteurs de la réforme, l'obligation qui pèse sur le Secrétaire d'État et le Directeur général d'agir de façon à permettre la fourniture d'un service de télécommunications qui satisfasse l'ensemble des demandes raisonnables signifie qu'ils doivent agir de façon à favoriser l'interconnexion et qu'ils disposent, en conséquence, des pouvoirs nécessaires pour cela⁸¹⁰. Le gouvernement n'a pas souhaité fixer les principes de l'interconnexion dans la loi pour garder plus de flexibilité.

En réalité, la lecture de l'autorisation administrative accordée à British Telecom montre qu'elle a des effets juridiques qui dépassent ceux d'un acte individuel classique. On pourrait

⁸⁰⁴ V. Public Utility Regulatory Policies Act (ou PURPA), 1978, 16 U.S.C. Sections 2601-2645. Cette loi fut défendue par le président Carter, ce qui montre encore que la déréglementation n'est pas d'abord l'œuvre du Président Reagan. V. R. F. Hirsh, *Power Loss: The Origins of Deregulation and Restructuring in the American Electric Utility System*, Cambridge Massachussetts, MIT Press, 1999, spéc. pp. 71 suiv. et surtout pp. 119 suiv..

⁸⁰⁵ V. Telecommunications Act 1984, article 8(1)(b) ; dans le domaine du gaz, la loi confère un pouvoir d'injonction au Directeur général pour forcer l'interconnexion (v. article 19) ; les secteurs de l'électricité et de l'eau ne contiennent pas cette obligation (la seule obligation de connexion concerne l'obligation de fourniture du service en question, il s'agit donc de la relation entre l'utilisateur et l'entreprise, relation qui ne nous concerne pas ici) ; v. aussi l'article 17 du Railways Act 1993.

⁸⁰⁶ V. Condition 8.5 des autorisations accordées en vertu de l'article 7 du Telecommunications Act dans le cadre des opérateurs du câble qui souhaiteraient s'engager dans une activité de fourniture de service de télécommunications. Le régime est similaire à celui du pouvoir de règlement des différends que possède le Directeur dans le cadre de l'autorisation de British Telecom.

⁸⁰⁷ V. condition 13 de la licence accordée à British Telecom.

⁸⁰⁸ V. condition 13.5 de la licence accordée à British Telecom.

⁸⁰⁹ V. B.T. Interconnection Agreement, in D. Gillies, R. Marshall, *Telecommunications law*, London, Butterworth, 1996, spéc. appendix 12.

⁸¹⁰ V. l'article 3 du Telecommunications Act 1984 et le discours de Lord Mackay of Clashfern (HL Deb 20 February 1984 vol 448 cc460-515, spéc. §508).

se demander pourquoi la loi n'a pas conféré un pouvoir plus clair au Directeur qui aurait été un fondement plus logique de son pouvoir de règlement des différends. L'autorisation de l'opérateur historique est l'acte qui régit en réalité l'ensemble du secteur.

En France aussi, c'est d'abord le cahier des charges de France Télécom qui prévoit cette fonction de règlement des différends. Elle fait donc d'abord, dans les deux pays — sauf en France avec le Médiateur du cinéma —, une entrée juridique très discrète au niveau de ses sources.

Pourquoi l'option administrative a-t-elle été privilégiée au Royaume-Uni ? Aucune source ne permet de formuler une réponse très nette à cette question. Néanmoins, il est possible d'affirmer que l'exemple américain a servi de repoussoir : l'implication des tribunaux dans le processus réglementaire aux États-Unis a semblé inadaptée aux promoteurs de la réforme anglaise. Les réformateurs craignaient à l'époque que les tribunaux ne retardent par trop l'entrée de la concurrence dans le secteur⁸¹¹. La décision d'écarter les tribunaux du processus s'explique, selon Christopher D. Foster, par la volonté d'éviter les excès du modèle américain, très légaliste (en tout cas, c'est ce qui fut avancé plus tard), mais surtout, car le gouvernement envisageait à l'époque une réforme du droit du travail et était persuadé que les tribunaux avaient eu un effet négatif dans ce domaine⁸¹².

Ce n'est qu'avec la consécration de l'exigence d'accès dans les années 1990, que cette fonction prendra sa véritable signification.

iii — L'exigence de l'accès : sa formalisation progressive dans les années 1990

231. Les réformes des années 1980 aux États-Unis et surtout au Royaume-Uni n'ont pas véritablement introduit la concurrence⁸¹³. La notion d'interconnexion n'est pas une notion nouvelle et elle est consubstantielle à la notion même de réseau : si l'on ne veut pas devoir dupliquer autant de réseaux qu'il y a d'opérateurs, il faut autoriser l'interconnexion, pour ne pas gaspiller inutilement des ressources, mais aussi dans l'intérêt de tous les acteurs, afin que chacun puisse bénéficier des effets du réseau. L'interconnexion procède en réalité d'un intérêt commun. Évidemment le seul acteur qui n'y a aucun intérêt, et c'est pourquoi la procédure de règlement des différends est nécessaire, c'est l'opérateur historique. Néanmoins, l'interconnexion ne bouleverse pas fondamentalement la notion de droit de propriété ou de liberté contractuelle. Il s'agit de connecter des réseaux concurrents au bénéfice de chacun. Il

⁸¹¹ V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, p. 125 (n°7) ; R. Samarajiva, « Establishing the legitimacy of new regulatory agencies », *Telecommunications Policy*, 24 (2000), pp. 183-187, spéc. p. 186.

⁸¹² V. C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, p. 125 (n°7).

⁸¹³ Aux États-Unis le démantèlement d'AT&T n'a permis d'introduire la concurrence que dans les communications longue distance, le marché local reste un marché monopolistique. Le monopole local des opérateurs issus du démantèlement de l'opérateur historique (les Regional Bell Operating Companies) était d'ailleurs protégé par l'ordonnance de modification du jugement définitif (ou « Modification of Final Judgment ») de 1982, *United States v AT&T*. V. T. B. Romer, « Negotiate in Good Faith as to What - An Analysis of the Good Faith Negotiation Clause of the Telecommunications Act of 1996 », 69 *U. Colo. L. Rev.* 257 (1998), spéc. p. 262. Toutefois, dans certains États des États-Unis, les réformes des années 1990 furent anticipées. Les États ont largement servi de laboratoires car ils ont souvent anticipé les réformes futures. V. J. A. K. Huntley, N. Levine, D. C. Pitt, « Laboratories of De-Regulation? Implications for Europe of American State Telecommunications Policy », *Journal of Information Law and Technology*, 1997, n°1. V. par ex. le Nebraska Telecommunications Act 1986 qui contient une disposition pour autoriser de nouveaux entrants.

ne s'agit pas encore d'obliger l'opérateur historique à ouvrir son réseau à la concurrence, à permettre aux autres acteurs d'utiliser son réseau. Par ailleurs, comme le résume un auteur, la réforme de la fin des années 1990 marque un changement de paradigme : il ne s'agit plus de réglementer pour protéger les usagers, mais de rendre les marchés compétitifs⁸¹⁴.

232. L'ambiguïté de la réforme des années 1980 est particulièrement nette au Royaume-Uni puisque la libéralisation annoncée s'est en fait traduite par un duopole, duopole assumé puisque le Gouvernement avait annoncé à l'époque qu'il n'attribuerait aucune autre autorisation afin de permettre au nouvel entrant, Mercury, d'amortir ses investissements, et à l'opérateur historique, British Telecom, de s'adapter à la nouvelle donne du secteur⁸¹⁵.

233. Le véritable changement intervient donc dans les années 1990⁸¹⁶. Il est difficile d'en démêler tous les fils pour comprendre comment l'évolution s'est déroulée. Une chose est certaine : à partir de la fin des années 1980 et du début des années 1990, la libéralisation des services publics en réseau n'est plus une affaire uniquement nationale. Cette politique est reprise et trouve un nouveau relais au niveau international avec le G.A.T.T. et dans l'organisation régionale qu'est, à l'époque, la Communauté économique européenne. Il est très probable que le chemin qui mène aux directives de libéralisation du secteur des télécommunications de 1996 (directive qui formalise juridiquement la fonction de règlement des différends) s'explique par les démarches entamées au niveau international, dans le cadre des négociations du G.A.T.T.. On remarque en effet que c'est la même année, en 1996, que la loi fédérale américaine crée la même fonction aux États-Unis⁸¹⁷.

234. Il faut analyser cette évolution chronologiquement. Au Royaume-Uni, le début des années 1990 marque une étape vers l'extension de la concurrence dans le domaine des télécommunications. Le gouvernement annonce en 1990 son intention d'en finir avec la politique du duopole qui avait prévalu jusqu'alors⁸¹⁸. L'examen, appelé le « *duopoly review* », s'explique par la maturité des réformes et de l'introduction de la concurrence ainsi que par le mouvement d'ouverture à la concurrence qu'ont entamé la Communauté européenne⁸¹⁹ ainsi que d'autres pays comme les États-Unis ou le Japon et enfin par les progrès technologiques que connaît ce secteur⁸²⁰. De manière plus décisive encore, ces réformes s'inscrivent dans le cadre plus large de l'internationalisation du secteur sous l'égide du G.A.T.T.⁸²¹.

⁸¹⁴ V. J. A. K. Huntley, « New Directions in US Telecommunications Regulation: The Impact of the Telecommunications Act 1996 on Local Provision », *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 8, Issue 3 (2000), pp. 310-337, spéc. p. 313.

⁸¹⁵ V. Cette déclaration avait été prononcée le 17 novembre 1983 par le député Kenneth Baker devant le Standing Committee on the Telecommunications Bill (v. la reproduction de la déclaration in Department of Trade and Industry, *Competition and choice: telecommunications policy for the 1990s*, 1990/91, Cm 1303, pp. 81-84, ci-après « Duopoly Review »). Il avait déclaré précisément qu'aucune autorisation ne serait délivrée jusqu'à novembre 1990 au mieux.

⁸¹⁶ Le livre d'E. Noam qui date de 1992 montre bien les enjeux du passage de la logique de l'interconnexion à la logique de l'accès (v. E. Noam, *Telecommunications in Europe*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, spéc. chap. 41 et 42).

⁸¹⁷ V. Telecommunications Act 1996 (P.L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996)). L'article qui correspond à la fonction de règlement des différends est l'article 252 de la loi.

⁸¹⁸ V. *Competition and choice: telecommunications policy for the 1990s*, préc., p.4.

⁸¹⁹ V. Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (JO n° L 192 du 24/07/1990, pp. 10-16).

⁸²⁰ Une des raisons de la réforme gît dans la proposition faite par la Commission Peacock que le réseau de télécommunication puisse servir à terme à transporter des images (Report of the Committee on Financing the B.B.C., présidé par A. Peacock, 1985/86, Cmnd. 9824). Ensuite, cette époque voit se développer les technologies

235. Cet examen est présenté comme la volonté d'aller plus loin dans le développement de la concurrence. Il entame donc une réflexion sur l'ouverture à la concurrence du dernier segment, les réseaux locaux qui avaient été considérés jusqu'alors comme un monopole naturel (aux États-Unis aussi d'ailleurs comme le montre l'ordonnance du juge Greene de 1982 qui entraîne le démembrement d'AT & T). Cette nouvelle exigence se matérialise par la notion d'accès égal, introduite dans l'autorisation de British Telecom le 24 septembre 1991. L'accès égal permet ainsi aux consommateurs de choisir leur fournisseur de service de télécommunication. L'autorisation définit l'accès égal comme « la possibilité offerte à un opérateur de convenir avec un client du titulaire de l'autorisation que, après une requête formulée par ce client, celui-ci puisse choisir son opérateur de service de télécommunication longue distance »⁸²².

236. La question de l'accès à ce réseau repose la question des pouvoirs de l'autorité administrative pour forcer l'opérateur propriétaire à ouvrir celui-ci, à autoriser l'entrée sur celui-ci. La consultation menée par le gouvernement de l'époque pour réfléchir aux évolutions nécessaires, reconnaît ainsi la nécessité de pouvoir s'en remettre au Directeur général au cas où l'opérateur renâclerait à contracter⁸²³. La lecture des rapports montre bien que la fonction de règlement des différends est perçue comme une garantie par les acteurs de ce marché⁸²⁴. Les réponses reçues par le gouvernement à ce document lui ont permis d'affirmer sa position et vont dessiner encore plus clairement la fonction de règlement des différends⁸²⁵. Il y a des éléments de continuité : la source du pouvoir du Directeur général resterait dans l'autorisation administrative, puisque la réforme prévue par le document ne se matérialisera que par une modification des autorisations accordées jusqu'ici aux différents opérateurs. Le recours à l'autorité administrative resterait subsidiaire et ne servirait qu'à remédier à l'absence de bonne volonté d'une des parties⁸²⁶. De surcroît, l'autorité administrative dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer le contenu du contrat⁸²⁷.

237. Au début des années 1990, la physionomie de la fonction de règlement des différends apparaît plus clairement. Le champ de cette fonction n'est pas encore définitif et connaîtra une forte augmentation, mais l'idée que l'autorité administrative est l'instance adéquate pour exercer cette mission est déjà présente. En 1993, dans le secteur ferroviaire, c'est la loi qui crée une procédure assimilable à cette fonction sans en avoir le nom⁸²⁸.

La fonction de règlement des différends est donc constituée dans les années 1980. En France, la consécration de cette fonction ne se fera pas dans les secteurs en réseau, mais dans celui du cinéma.

mobiles en Europe. Les opérateurs de téléphone fixe sont donc de fait concurrencés par les nouveaux opérateurs de téléphone mobile (v. « Duopoly Review », n°4.11 et surtout chap. 5, p. 20).

⁸²¹ Les anciens monopoles nationaux américains, anglais et japonais manifestent ainsi leur volonté d'accéder aux autres marchés et ces États trouvent dans le GATT le relais nécessaire à leurs ambitions.

⁸²² V. Condition 13A.5 de l'autorisation de British Telecom, préc..

⁸²³ V. « Duopoly Review », p. 54, n°9.21.

⁸²⁴ V. spéc. Department of Trade and Industry, Competition and choice: telecommunications policy for the 1990s, 1990/91, Cm 1461 (ci-après Livre Blanc), n°7.15.

⁸²⁵ La synthèse des réponses au document de consultation citée précédemment fut publiée dans : Department of Trade and Industry, Competition and choice: telecommunications policy for the 1990s, 1990/91, Cm 1461 (ci-après Livre Blanc).

⁸²⁶ V. Livre Blanc, n° 7.16 suiv..

⁸²⁷ V. Livre Blanc, n° 7.22.

⁸²⁸ V. annexe 4 du Railways Act de 1993 intitulée « Access agreements: applications for access contracts ».

La première manifestation du règlement des différends en France concerne le secteur du cinéma. C'est dans ce secteur que, pour la première fois, une autorité administrative indépendante est dotée d'un pouvoir d'enjoindre des parties à contracter. Il aurait été concevable de promouvoir ce modèle et d'en faire le précurseur, mais son caractère isolé et marginal par rapport au secteur des services publics en réseau justifie son traitement ici (a). La seconde manifestation, elle, sera plus discrète : il s'agira de l'émergence de ce pouvoir dans le secteur des télécommunications (b).

a — Le pouvoir de règlement des différends du Médiateur du cinéma

238. La première autorité administrative dotée d'un pouvoir de règlement des différends en France pour une question d'accès est le Médiateur du cinéma⁸²⁹. Ce pouvoir a d'ailleurs été confirmé par l'ordonnance du 5 novembre 2009 modifiant le code du cinéma et de l'image animée⁸³⁰. Le Médiateur du cinéma, créé par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁸³¹ est à l'époque, et encore dans une large mesure aujourd'hui, une « institution originale qui n'existe dans aucun autre pays ni dans aucun autre secteur de l'activité économique ou culturelle en France »⁸³². Cette institution dispose depuis l'origine d'un

⁸²⁹ La bibliographie sur cette autorité administrative indépendante est modeste comparée aux autres instances étudiées : v. R.-O. Maistre, « Le Médiateur du cinéma : conciliation et régulation », *AJDA* 2009 p. 2460 ; Y. Robineau, « Le médiateur du cinéma (Un exemple de procédure de conciliation au service du droit) », *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 615 et suiv. ; Lamy Droit des Médias et de la Communication, n°314-12 suiv., spéc. n° 314-13 ; C.-Éd. Renault, « La distribution des films : comment prévenir les conflits et comment les résoudre », *Gazette du Palais*, 16 mai 2006, n° 136, p. 17 (spéc. titre C du II) ; S. Dupuy-Busson, « Le médiateur du cinéma : une autorité administrative indépendante méconnue », *Légipresse* 2001, n° 183, II, p. 93 ; S. Dupuy-Busson, *La liberté cinématographique en France et en Europe : garanties et limites*, Thèse, Paris II, 2002 ; J. Joly-Huard, « La médiation en droit de la communication : de la régulation à la déontologie », *Légipresse*, n°208, janv.-fév. 2004, pp. 16 suiv. ; J.-M. Pontier, « Le médiateur du cinéma », *Revue administrative*, janv.-fév. 1992, n°265, pp. 9-17 ; F. Colly, « Le Médiateur du cinéma La régulation de la concurrence et de l'offre culturelle dans le secteur de la diffusion des films », in *L'art et le droit : écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, dir. M. Deguerge, Paris, Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, n° 8, 2010.

⁸³⁰ V. article 3 de l'ordonnance n° 2009-1358 du 5 novembre 2009 modifiant le code du cinéma et de l'image animée, codifié à l'article L. 213-4 du Code du cinéma et de l'image animée. V. le comm. B. Montels, « Un an de droit de l'audiovisuel », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2010, chron. 6, spéc. n°19. Cette ordonnance accroît la compétence du Médiateur « non seulement aux litiges relatifs à l'accès des exploitants de salle aux films (...), mais plus généralement à l'ensemble des conditions d'exploitation en salle ». Le Médiateur se voit aussi par cette réforme doté de compétence pour faire respecter la « chronologie des médias » (il s'agit des délais applicables entre la sortie en salle et l'édition du film sur d'autres supports comme le DVD ou la VOD) : « En cas de litige quant à l'application de ces délais, le Médiateur du cinéma est de nouveau chargé d'une mission de conciliation préalable (C. cinéma, art. L. 213-1, 2°) et leur non-respect peut donner lieu à des sanctions administratives de nature pécuniaire de la part du CNC (C. cinéma, art. L. 421-1, 10° et L. 422-2). » (art. préc., n°20). V. pour la situation actuelle P. Mouron, « Les salles de cinéma entre l'art et l'industrie Travelling sur une législation fluctuante à l'heure du cinéma numérique », *A.J.D.A.* 2010, p. 1862.

⁸³¹ V. article 92 al. 2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Son statut est fixé par le décret n° 83-86 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma (*J.O.R.F.* du 11 février 1983, p. 524) modifié par le décret n° 91-1129 du 25 octobre 1991 (*J.O.R.F.*, 31 octobre 1991, p. 14286).

⁸³² V. Propos du Ministre de la culture sur le projet de loi (*JORF, Débats, Assemblée Nationale, Compte-rendu intégral*, 2^e Séance du Samedi 15 Mai 1982, p. 2253).

pouvoir de conciliation des « litiges relatifs à la diffusion en salle des œuvres cinématographiques et qui ont pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou tout autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général ». Le Médiateur disposait, dès la loi de 1982, d'un pouvoir contraignant qui rend son office très semblable à celui des autres autorités entrant dans le champ d'étude et qui justifie dès lors son étude. C'est aussi l'avis de Michèle Guillaume-Hofnung pour laquelle la présence d'un pouvoir d'injonction est « radicalement incompatible avec l'absence de pouvoir qui caractérise le médiateur »⁸³³. De même, pour Laurent Richer, le Médiateur du cinéma n'est pas un médiateur, mais bien plutôt un conciliateur⁸³⁴. Si l'on définit le médiateur avec Gérard Cornu comme « celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend, sans être cependant investi du pouvoir juridictionnel de l'imposer »⁸³⁵, on s'aperçoit que le Médiateur du cinéma en question ne répond pas à cette définition puisqu'il dispose précisément d'un pouvoir d'injonction. Si le Médiateur dispose bien d'une mission de conciliation ou de médiation — si tant est que ces notions soient bien définies en droit positif comme l'observe d'ailleurs Laurent Richer⁸³⁶ —, dans le sens où sa mission première est d'aider les parties à parvenir à un accord, à celle-ci se superpose un pouvoir de règlement des différends, tel qu'il est mis en œuvre devant les autres autorités de régulation.

239. Comment expliquer la création, en 1982, de cette première institution de règlement des différends ? Le chemin qui mène à la création du Médiateur et à la mise en place d'un pouvoir contraignant est assez tortueux. Dès la fin des années 1970, une série de batailles judiciaires entre exploitants de salles et distributeurs amène des exploitants de salles indépendants à saisir la Commission de la concurrence. Ces exploitants voulaient dénoncer certaines pratiques d'entente et d'abus de position dominante mises en œuvre par ces distributeurs au détriment des petits exploitants. Dans un avis du 28 juin 1979, la Commission stigmatisa ces comportements et recommanda des mesures au regard du droit de la concurrence et, surtout, évoqua la mise en place d'un « d'un code de bonne conduite dont l'élaboration est actuellement poursuivie avec le concours des parties concernées et des administrations intéressées »⁸³⁷. Cette idée, la mise en place d'un code de bonne conduite, sera reprise dans la décision que le ministre rendra sur l'avis de la Commission de la concurrence sur les pratiques incriminées ; celui-ci invite les destinataires de cette décision « à participer à

⁸³³ V. M. Guillaume-Hofnung, « La médiation », AJDA 1997 p. 30.

⁸³⁴ V. L. Richer, Arbitrage et conciliation, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, mars 2001, spéc. n°18.

⁸³⁵ V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 6e édition, 2004.

⁸³⁶ V. L. Richer, Arbitrage et conciliation, Répertoire de contentieux administratif, préc., spéc. n°22 : « Ces divergences peuvent être considérées comme mineures dès lors qu'il n'existe pas de régime général de la médiation ou de la conciliation. Le Conseil d'État a, d'ailleurs, fait son deuil d'une clarification en se référant dans son rapport de 1993 à la « conciliation-médiation ». Il est, cependant, fort gênant, à l'heure où la promotion de ce type de procédure est recherchée de ne pas pouvoir se référer à un concept clair ». V. l'avis concordant de Charles Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation », Dossier Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit, Droit & Patrimoine, 1999, n°77, décembre 1999.

⁸³⁷ V. Avis du 28 juin 1979 de la Commission de la concurrence concernant la diffusion des films cinématographiques (B.O.C.C.R.F., Bulletin officiel des services des prix, n° 21 du Samedi 20 octobre 1979, p. 270).

l'élaboration d'un code de bonne conduite en vue de normaliser les rapports entre distributeurs et exploitants de films cinématographiques »⁸³⁸.

Comment en est-on arrivé d'un code de bonne conduite à l'établissement d'une procédure de conciliation dont l'issue peut être, le cas échéant, contraignante ? La volonté est de remédier à la situation de position dominante de certains exploitants⁸³⁹ et, là encore, la Commission de la concurrence est au centre de ce processus. Celle-ci rend en effet un avis, le 25 mars 1982⁸⁴⁰, sur le projet de loi créant le Médiateur qui manifeste une nette évolution de la part de cette instance sur l'ampleur des pouvoirs dont devra jouir la future autorité. La proposition d'un code de bonne conduite semble désormais insuffisante, car la Commission plaide désormais pour l'institution d'« une procédure accélérée de règlement des litiges relatifs à la diffusion des films ». Elle estime même que « l'autorité et l'efficacité du médiateur seraient renforcées s'il pouvait soit régler les désaccords par voie de conciliation, soit, à défaut de conciliation, émettre des recommandations. Ces recommandations pourraient être rendues publiques »⁸⁴¹.

Les travaux parlementaires permettent aussi de comprendre les facteurs qui furent pris en compte dans le choix d'une autorité administrative *ad hoc*. Les parlementaires relèvent ainsi qu'en pratique le recours au droit de la concurrence est « inefficace »⁸⁴², l'utilisation de l'infraction de refus de vente s'avère aussi inadaptée aux besoins des petits exploitants qui avaient besoin d'une solution simple et rapide leur permettant de répondre à leur problème pratique immédiat : obtenir une copie du film. Mais comment en arrive-t-on à la mise en place d'un pouvoir contraignant, d'un pouvoir d'injonction ?

240. Le pouvoir d'injonction, qui donne son caractère contraignant à la procédure devant le Médiateur, fut d'abord proposé par la Mission de réflexion et de proposition sur le cinéma présidée par Jean-Denis Bredin⁸⁴³. La mission s'est d'abord concentrée sur les règles de fond qui devront régir le secteur. Ces règles reposent sur un principe : le distributeur conserve la responsabilité juridique de la commercialisation du film, il garde donc le pouvoir de refuser un film à un exploitant de salle. Ce principe est toutefois atténué dans sa portée par une règle servant à contrôler les motifs du refus de fournir un film, motifs qui ne sauraient être abusifs. Le rapport ajoute — ce qui semble être le fondement de l'institution d'un médiateur doté d'un pouvoir contraignant : « sans doute, ces règles exigent-elles une appréciation délicate des caractéristiques respectives des films et des salles. Au fur et à mesure que l'analyse s'affine s'esquisse la nécessité d'une autorité extérieure. Aussi vraie que toute politique de la concurrence, appliquée à la trame complexe du tissu économique, s'exerce fatalement au

⁸³⁸ V. Décision n° 79-20 du ministre de l'économie du 29 octobre 1979 concernant la diffusion des films cinématographiques (B.O.C.C.R.F., Bulletin officiel des services des prix, n° 22 du Mardi 30 Octobre 1979, p. 283). V. aussi Décision n° 79-20 du ministre de l'économie du 11 octobre 1979.

⁸³⁹ Trois exploitants de salles, le groupement d'intérêt économique Gaumont-Pathé, U.G.C. et Parafrance disposaient d'une position dominante très nette sur le marché.

⁸⁴⁰ V. Avis du 25 mars 1982 rendu par la Commission de la concurrence sur un projet de loi concernant la diffusion des œuvres cinématographiques (Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation - Bulletin officiel des services des prix (B.O.S.P.), n° 4 du Mercredi 23 Février 1983, p. 67).

⁸⁴¹ Avis du 25 mars 1982, préc., §3.

⁸⁴² V. les propos d'Alain Madelin (J.O.R.F., Débats, Assemblée nationale, 2^e séance du 15 mai 1982, p. 2263). La Commission ne pouvait être saisie que de recours collectifs et non de recours individuels, ce qui serait recherché ici : « Elle ne peut donc pas être saisie pour tout ce qui concerne ces actions individuelles, en particulier pour refus de vente » (M. A. Bellon, J.O.R.F., Débats, Assemblée Nationale, 2^e séance du 15 mai 1982, p. 2265).

⁸⁴³ V. Rapport de la Mission de réflexion et de propositions sur le cinéma, remis à M. le ministre de la Culture le 3 novembre 1981, par Jean-Denis Bredin, Paris, Ministère de la culture, 1981, p. 59.

moyen d'une jurisprudence, une instance indépendante s'impose pour adapter les principes qui viennent d'être énoncés à la diversité des situations particulières. » Le pouvoir d'injonction est donc conçu comme le facteur d'individualisation des règles gouvernant le secteur. Ce pouvoir a ensuite été introduit en cours de discussion à l'Assemblée nationale⁸⁴⁴. Il vise à « renforcer l'autorité du médiateur »⁸⁴⁵. L'esprit de cette réforme est explicité par Roland Dumas dans les débats : « Il s'agit, en réalité, de faire en sorte que le médiateur puisse exercer son autorité avec le maximum d'efficacité. Le projet du gouvernement ne lui donne qu'un pouvoir de conciliation. Nous avons pensé qu'on pouvait aller au-delà en fixant comme limite, dans la loi, que le médiateur n'aurait pas de pouvoir juridictionnel, car nous ne voulons pas instituer une juridiction particulière. Par contre, le médiateur pourrait, après une tentative de conciliation, et en cas d'échec de celle-ci, prononcer une injonction et éventuellement la rendre publique. Il pourrait de la même façon saisir la commission de la concurrence pour des faits sur lesquels celle-ci serait compétente et — j'en arrive à la différence entre le texte du gouvernement et le mien — il pourrait également, lorsque cela lui paraîtrait nécessaire, saisir le ministère public pour un fait délictueux. Le pouvoir d'injonction, en réalité, n'est pas un pouvoir de décision juridictionnelle. C'est un degré supplémentaire par rapport à la recommandation. Je précise au passage que l'injonction est une notion assez fréquente dans le droit français. Nous la trouvons aussi bien dans le droit privé que dans le droit administratif. Ce n'est donc pas une innovation. D'autre part, la légère sanction qui accompagnerait l'injonction serait la manifestation publique du médiateur lorsqu'il ferait communication de son injonction. Il apparaît donc, dans ces conditions, qu'on va jusqu'à l'extrême limite du pouvoir que l'on peut donner à ce médiateur hormis, je répète, le pouvoir juridictionnel »⁸⁴⁶.

Les pouvoirs du Médiateur du cinéma sont donc une création très progressive, pragmatique. Dans le secteur des télécommunications, l'émergence d'un tel pouvoir sera plus progressive et discrète.

b — Le pouvoir de règlement des différends dans le secteur des télécommunications

241. À la suite de cette expérience, c'est le secteur des télécommunications sera concerné par l'attribution d'un pouvoir administratif de règlement des différends. Comme pour le Royaume-Uni, ce pouvoir est à cette époque très discret puisqu'il est contenu dans le cahier des charges de l'opérateur historique France Télécom. L'article 11 du cahier des charges de cette entreprise annexé au décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom confère ainsi au ministre chargé des postes et télécommunications un pouvoir de règlement des différends⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ V. amendement n°780 : « Après le troisième alinéa de l'article 80, insérer le nouvel alinéa suivant : "Le médiateur favorise ou suscite toute solution de conciliation. Le procès-verbal de conciliation qu'il dresse a force exécutoire du seul fait de son dépôt au greffe du tribunal d'instance. À défaut de conciliation, il émet, dans un délai maximum de deux mois à compter de sa saisine, une injonction qui peut être rendue publique" ».

⁸⁴⁵ V. ministre de la Culture (J.O.R.F., Débats, Assemblée Nationale, 2^e séance du 15 mai 1982, p. 2264).

⁸⁴⁶ V. Assemblée nationale, Compte-rendu intégral des débats, 2^e séance du 15 mai 1982, p. 2264.

⁸⁴⁷ V. Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications (J.O.R.F. n°303 du 30 décembre 1990, p. 16568). L'article 11 du cahier des charges dispose : « Ces droits d'accès sont négociés entre France Télécom et le demandeur et portés à la connaissance du ministre chargé des postes et télécommunications. En l'absence d'accord, chacune des deux parties peut saisir le ministre, qui peut alors fixer ces droits en tenant compte de la réalité des coûts ». V. É. Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Presses de sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires,

242. Il y a peu d'éléments sur la genèse de cette fonction. L'avis du 5 décembre 1990 de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications ne fait que prendre acte de cette nouvelle fonction en affirmant qu'elle est cohérente avec le « rôle de régulateur du secteur » qui échoit au ministre⁸⁴⁸. De même, le rapport du 31 juillet 1989 sur l'avenir du service public de la poste et des télécommunications se borne à constater qu'« en cas de litige, les différentes parties peuvent toujours saisir l'autorité de réglementation qui a la charge de faire respecter les règles, puis faire appel auprès des tribunaux ou du Conseil de la concurrence. Il serait souhaitable, avant d'entreprendre ces procédures lourdes, de pouvoir saisir une organisation chargée d'examiner les doléances et de donner un avis pour rapprocher les parties ou de proposer une solution à l'amiable »⁸⁴⁹.

Les années 1980 et 1990 ont donc vu se développer la fonction de règlement des différends devant les autorités de régulation. Sa physionomie juridique est déjà fixée. C'est alors que le droit international va prendre le relais avec le droit de l'Union européenne et le droit international.

Conclusion de la Section 1

La genèse de la fonction contentieuse des autorités de régulation est donc empreinte d'un grand pragmatisme. Elle manifeste aussi le cheminement parallèle des deux pays sur la voie de la consécration d'une fonction contentieuse à la fois coercitive et, aussi, de règlement des litiges.

La fonction coercitive, replacée dans chaque pays dans le cadre des pouvoirs coercitifs attachés à l'autorisation administrative préalable, met en évidence, dans les deux pays, un renversement de la situation juridique. Alors que dans chaque pays, les pouvoirs coercitifs attachés à l'autorisation administrative préalable sont constitués par les sanctions de retrait et de suspension, le prononcé d'une sanction pécuniaire étant en principe réservé au juge pénal ; l'étude chronologique des différents secteurs manifeste une évolution vers l'utilisation large de la sanction financière et parcimonieuse du retrait et de la suspension, confinés à une utilisation en dernier ressort.

La fonction de règlement des différends ne se prête pas facilement à une compréhension aisée. L'origine théorique de cette fonction est certainement à chercher dans les nouvelles théories économiques qui recentrent l'intervention de l'État sur les moyens susceptibles d'améliorer l'accès au marché. Cette fonction fait une entrée discrète dans le droit, sauf en France où la création par le législateur du Médiateur du cinéma confère à cette fonction une base législative.

C'est, ensuite, le droit international qui prendra le relais et deviendra la source première de la fonction contentieuse des autorités sectorielles. On constatera une divergence entre les deux pays dans le champ de la fonction de règlement des différends. Le cœur de cette fonction est

Droit et économie de la régulation, n° 1, 2004, pp. 149-173, spéc. p. 151. Le ministre a rendu quatre décisions (v. I. Ciupa, L'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'ONP comme outil d'une régulation concurrentielle, Lille, A.N.R.T., 1996, pp. 287-288).

⁸⁴⁸ V. Avis en date du 5 décembre 1990 de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications (non publié), p. 43.

⁸⁴⁹ V. Rapport de synthèse remis par Hubert Prévot à Paul Quilès, Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace, À l'issue du débat public sur l'avenir du service public des Postes et des Télécommunications, 31 juillet 1989, p. 79.

bien constitué des services publics en réseau, mais le Royaume-Uni manifeste à cet égard une mise en place plus systématique puisque le secteur de l'eau est par exemple concerné. En France au contraire, des secteurs très différents vont être peu à peu touchés : le secteur de l'audiovisuel et celui de la propriété intellectuelle.

Section 2 — *La consécration de la fonction contentieuse des autorités de régulation*

Chronologiquement, c'est d'abord l'arène internationale (avec le G.A.T.T. et le droit de l'Union européenne) qui s'empare de la fonction de règlement des différends (§1). Ensuite, les droits internes prendront le relais pour consacrer de manière définitive cette fonction (§2).

*

§1 – L'internationalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation

§2 – L'épanouissement de la fonction contentieuse des autorités de régulation dans les droits internes

*

§ 1 — L'internationalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Le changement qu'introduisent les années 1990 est l'internationalisation de cette fonction, qui quitte sa sphère nationale pour devenir désormais une affaire commune à travers deux instances : le G.A.T.T. (I) et la Communauté économique européenne (II).

I — L'influence du G.A.T.T.

243. Le rôle des États-Unis dans la promotion de la libéralisation des services de télécommunications est très certainement prédominant, car on remarque qu'à partir de la fin des années 1980 et au début des années 1990, ce pays défend cette libéralisation non seulement dans le cadre du G.A.T.T., mais aussi dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (A.L.E.N.A.)⁸⁵⁰.

L'introduction du secteur des télécommunications dans le champ des discussions de l'Uruguay Round ne s'est imposée que très progressivement⁸⁵¹. La raison pour laquelle le G.A.T.T. est devenu le forum choisi pour avancer la libéralisation des services de

⁸⁵⁰ V. sur ce point I. H. Shefrin, « The North American Free Trade Agreement Telecommunications in perspective », *Telecommunications Policy*, January/February 1993, pp. 14-26. Le chapitre 13 de l'accord concerne les télécommunications ; S. Globerman, P. Booth, « The Canada-US Free Trade Agreement and the telecommunications industry », *Telecommunications Policy*, December 1989, pp. 319-328.

⁸⁵¹ Ces développements sont largement inspirés de : M. Bronckers, P. Larouche, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Springer US, 2007, Part II, B, pp. 989-1040.

télécommunications tient à différents facteurs politiques : les pays développés rejetèrent l'idée d'organiser ces négociations dans le cadre de l'Union internationale des télécommunications, celle-ci étant trop investie par les intérêts des opérateurs historiques et les pays en développement y ayant une influence trop importante ; de surcroît, le G.A.T.T. semblait à l'époque l'instrument approprié pour mener ces discussions, notamment de par l'existence d'un organe de règlement des différends⁸⁵². L'inclusion des télécommunications dans le cadre du G.A.T.T. s'explique aussi très certainement par la volonté américaine d'offrir à ses opérateurs de nouveaux marchés en profitant de l'avance que le développement de la concurrence leur avait procurée en terme d'efficacité.

Les négociations sur le secteur des télécommunications furent progressivement attribuées à un groupe *ad hoc*, en 1994 au sommet de Marrakech⁸⁵³. Après un échec en 1996, l'accord fut trouvé le 15 février 1997 et matérialisé dans un document intitulé le Quatrième Protocole au G.A.T.T., ou Accord de l'O.M.C. sur les services de télécommunications de base⁸⁵⁴.

L'intérêt de cet accord est qu'il entérine une adhésion à des « principes réglementaires » contenus dans un document de référence⁸⁵⁵ dont l'objectif est double : fournir les garanties nécessaires en droit interne afin d'assurer l'efficacité de l'accès au marché des télécommunications tout en profitant du mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. afin de forcer les États à respecter ces engagements. Le document de référence contient des éléments importants pour le droit administratif : il affirme d'abord l'importance de l'indépendance des autorités en charge des télécommunications⁸⁵⁶ et, surtout, il requiert l'existence d'un mécanisme administratif de règlement des différends⁸⁵⁷.

⁸⁵² Les procédures de règlements des différends existant dans le cadre de l'Union internationale des télécommunications n'ont pas été utilisées une seule fois depuis 1947 (v. M. Bronckers, P. Larouche, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, préc. p. 992). Ainsi, les États-Unis ont menacé le Japon de recourir à cet organe en raison de l'absence d'instance adéquate de règlement des différends sur les tarifs d'interconnexion, ce qui rendait les tarifs trop élevés et, de fait, empêchait l'entrée des opérateurs américains sur le marché japonais (v. Y. Suda, « Japan's Telecommunications Policy: Issues in Regulatory Reform for Interconnection », *Asian Survey*, Mar. - Apr. 2005, vol. 45, No. 2, pp. 241-257, spéc. pp. 244 et 249. À notre connaissance seule une affaire concernant le Mexique et les États-Unis a fait l'objet d'une décision de l'organe de règlement des différends de l'O.M.C. (v. B. Wellenius, J. Galarza, B. Guermazi, *Telecommunications and the WTO: the Case of Mexico*, World Bank Policy Research Working Paper 3759, november 2005).

⁸⁵³ Il s'agit du Negotiating Group on Basic Telecommunications (N.G.B.T.) dont le mandat était d'arriver à un accord au plus tard le 30 avril 1996. La décision qui crée ce groupe est la Décision sur la négociation sur les services de télécommunication de base (v. P. Holmes, J. Kempton, F. McGowan, « International competition policy and telecommunications Lessons from the EU and prospects for the WTO », *Telecommunications Policy*, 1996, vol. 20, n° 10, pp. 755-767, spéc. pp. 763-764).

⁸⁵⁴ Ce document, quoique bref, ne contient pas moins de cinquante-cinq annexes dont une concerne l'Union européenne. V. W. J. Drake, E. M. Noam, « The WTO deal on basic telecommunications Big bang or little whimper? », *Telecommunications Policy*, 1997, vol. 21, n° 9/10, pp. 799-818. L'accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

⁸⁵⁵ Ce document de référence sur les services de télécommunications de base (ou « WTO reference paper on basic telecommunications ») est un document préparé par un groupe d'États afin de pouvoir respecter la date butoir d'avril 1996. Le document est disponible sur le site internet de l'Union internationale des télécommunications. C'est l'insertion de ce document dans les annexes qui lui donna force obligatoire pour les pays qui le souscrivirent. V. C. Blouin, « The WTO Agreement on Basic Telecommunications: a reevaluation », *Telecommunications Policy*, vol. 24, 2000, pp. 135-142, spéc. p. 139 ; M. Fredebeul-Krein, A. Freytag, « Telecommunications and WTO discipline An assessment of the WTO agreement on telecommunication services », *Telecommunications Policy*, 1997, vol. 21, n° 6, pp. 477-491, spéc. pp. 480-481.

⁸⁵⁶ V. §5 du document de référence (« The regulatory body is separate from, and not accountable to, any supplier of basic telecommunications services. The decisions and the procedures used by regulators shall be impartial

244. Le mécanisme de règlement des différends prévu par le document de référence n'est pas très éloigné du modèle mis en place au Royaume-Uni et en France. Il s'agit d'abord d'un mécanisme subsidiaire : la primauté est donnée aux négociations entre les opérateurs du marché et le recours à l'autorité administrative (ou à tout autre organe désigné à cet effet) ne peut servir qu'à surmonter la mauvaise volonté d'un opérateur. Le texte pose un critère matériel qui définit la compétence *rationae materiae* de l'autorité administrative : le différend et par conséquent la solution que l'organe apportera doivent porter sur l'interconnexion. Le texte définit ensuite les pouvoirs de l'instance quant à la solution que celle-ci pourra apporter : sa mission se limite à fixer les termes, les conditions et le prix de cette interconnexion dans la mesure où ceux-ci n'ont pas été établis auparavant. Enfin, le texte pose une condition de délai, un délai raisonnable, au terme duquel l'instance doit avoir statué.

245. Mais le G.A.T.T. n'est pas la seule instance internationale à s'être intéressé à la fonction de règlement des différends. Il apparaît en effet que la directive du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires prévoit une fonction de règlement des différends portant sur les redevances aéroportuaires qui apparaît déjà dans des documents de travail de l'Organisation de l'aviation civile internationale datant de 2000⁸⁵⁸.

Saisie par les négociations et les accords du G.A.T.T. ou d'autres organisations internationales, la fonction de règlement des différends focalise ensuite l'attention du droit de l'Union européenne.

II — La consécration et la systématisation en droit de l'Union européenne

Comprendre l'attitude du droit de l'Union européenne face à la fonction contentieuse des autorités de régulation et la consécration qu'il lui apporte (B) nécessite au préalable de retracer l'apport du droit de l'Union européenne à l'ouverture à la concurrence des services publics en réseau (A). L'hypothèse d'une extension de la fonction contentieuse des autorités de régulation au niveau européen ne doit pas être écartée (C).

with respect to all market participants »). V. Rachel Frid, « The Telecommunications Pact Under the GATS— Another Step Towards the Rule of Law », 1997, vol. 24, n° 2, Legal issues of economic integration, pp. 67-96, spéc. p. 87.

⁸⁵⁷ V. §2.5 du document de référence : « A service supplier requesting interconnection with a major supplier will have recourse, either: (a) at any time or (b) after a reasonable period of time which has been made publicly known to an independent domestic body, which may be a regulatory body as referred to in paragraph 5 below, to resolve disputes regarding appropriate terms, conditions and rates for interconnection within a reasonable period of time, to the extent that these have not been established previously ». V. Lee Tuthill, « The GATS and new rules for regulators », Telecommunications Policy, 1997, vol. 21, n° 9/10, pp. 783-798, spéc. p. 794.

⁸⁵⁸ V. Conférence sur l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne, Montréal, 19-28 juin 2000, voir les documents de travail WP/12 (points 3 et 4), WP/26, WP/46, WP/92. Cette fonction apparaît pour la première fois en 2001 dans le manuel de l'organisation sur les politiques en matière de redevances aéroportuaires (6^e éd., 2001, Doc 9082/6). Ce pouvoir n'est pour l'instant pas mis en place, l'ordonnance transposant la directive sur les redevances aéroportuaires ne reprend pas cette procédure (Ordonnance n° 2011-1300 du 14 octobre 2011 relative aux redevances aéroportuaires, J.O.R.F. n°0240 du 15 octobre 2011 page 17410, texte n° 6).

246. Le droit de l'Union européenne commence à s'intéresser réellement aux services publics dans les années 1980. Néanmoins, l'intérêt de la Communauté pour le secteur des télécommunications peut être perçu dès les années 1970 puisqu'en 1976 le Conseil adopte une déclaration invitant « la Commission à proposer des mesures destinées à assurer, sur une base de réciprocité, la mise en concurrence, au niveau communautaire, des marchés de fournitures passés par les organismes chargés dans les États membres des services de télécommunications »⁸⁵⁹.

247. Cet intérêt s'inscrit dans le cadre de la réalisation du marché unique que l'Acte unique pose désormais comme objectif. Ce moment correspond à ce que David Gerber a appelé le « tournant public »⁸⁶⁰ de l'histoire du droit européen de la concurrence. Le droit de la concurrence délaisse alors le contrôle du comportement des acteurs privés pour s'occuper dorénavant du rôle des entreprises publiques dans l'économie. Ce « moment » reçoit, de surcroît, la bénédiction et l'impulsion de la Cour de justice qui, dans la décision rendue le 20 mars 1985, République italienne contre Commission⁸⁶¹, approuve une décision de la Commission qui condamnait British Telecom pour abus de position dominante, laquelle était caractérisée par un cumul de fonctions opérationnelles et de réglementation. La Commission, dans ces années, mène sa politique sur deux fronts : le front législatif et celui du droit de la concurrence⁸⁶².

248. Cette décision peut véritablement être considérée comme le point de départ de l'ouverture des réseaux⁸⁶³, ouverture qui est à la racine de la fonction de règlement des différends. Dans cette affaire, la Cour de justice juge qu'« une entreprise disposant du monopole légal de gestion des réseaux de télécommunications viole l'article 86 du traité lorsqu'elle interdit l'activité des agences privées de réexpédition de messages dans le trafic international des télécommunications, sans qu'il soit établi que ces agences font un usage abusif des réseaux publics »⁸⁶⁴. La Cour ajoute plus loin — et l'on voit par cette précision que la Cour se fait le champion du progrès technologique, progrès qui est une des raisons qui expliquent l'ouverture à la concurrence de ces secteurs — que « ne saurait être considéré comme tel le fait de recourir à une technologie nouvelle, constitutive d'un progrès technique conforme à l'intérêt général ». La Cour de justice, sur le fondement du droit de la concurrence fournit donc la base légale pour la suite des politiques européennes.

249. La Commission, parallèlement, entame le programme de création du marché unique dans le domaine des services publics en réseau. Pourquoi cet intérêt pour ce secteur ? La

⁸⁵⁹ V. Recommandation du conseil n°84/550/CEE. 12 novembre 1984 Concernant la première phase d'ouverture des marchés publics de télécommunications (J.O.C.E., vol. L 298, 16 novembre 1984, p. 51).

⁸⁶⁰ V. D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, p. 382.

⁸⁶¹ C.J.C.E., 20 mars 1985, République Italienne c/ Commission, aff. 41/83, concl. Darmon M., 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873 ; V. Schulte-Braucks R., « L'arrêt "British Telecom" : première pierre d'un droit européen des télécommunications », R.M.C., 1986, p. 594.

⁸⁶² V. cette affirmation in Livre vert sur le développement du marché commun des équipements et services des télécommunications, préc., p. 9.

⁸⁶³ Pour M. Bazex, cette décision consacre la reconnaissance « a priori [du] droit d'accès » (M. Bazex, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », *Revue des affaires de l'Union européenne*, n°2, 1994, pp. 103-114, ici p. 106).

⁸⁶⁴ C.J.C.E., 20 mars 1985, République Italienne c. Commission, préc..

Commission européenne explique que ces services sont des activités supports, le « système nerveux »⁸⁶⁵ de l'économie, elles constituent par conséquent des domaines capitaux pour la réalisation des objectifs européens de l'Acte unique. D'autres motifs expliquent la nouvelle politique européenne : l'évolution technologique dont la Cour de justice relève incidemment le caractère d'intérêt général dans la décision République italienne c. Commission⁸⁶⁶, l'émergence d'une nouvelle société de l'information caractérisée par la convergence de secteurs autrefois séparée comme l'audiovisuel et les télécommunications, et l'existence d'économie d'échelle par la constitution de grands groupes internationaux. La Commission pressent par ailleurs l'importance que ce secteur ne manquera pas de prendre dans l'économie⁸⁶⁷. Or, le monopole ne permettra pas, pour celle-ci, de profiter pleinement de ces nouvelles opportunités. Enfin, elle relève la nécessité de réagir face aux mouvements de libéralisation entamés aux États-Unis et au Japon et engagés depuis peu au Royaume-Uni.

250. La Commission utilise — souvent d'ailleurs parallèlement — deux vecteurs juridiques pour développer sa politique en faveur de l'accès en réseau : le premier est l'outil « jurisprudentiel » qui lui permet de sanctionner le refus d'accès en maniant les pouvoirs que le Traité lui confère en vertu du droit de la concurrence qui sanctionne les abus de position dominante⁸⁶⁸, et un axe législatif que la Commission va utiliser de manière systématique dans le domaine des services en réseau⁸⁶⁹.

À présent, en droit administratif, le Livre vert de 1987 pose déjà les jalons importants de la future architecture réglementaire qui caractérisera ces secteurs : la notion de séparation des fonctions opérationnelles et de réglementation et surtout la notion d'accès⁸⁷⁰.

Ces considérations permettent de comprendre l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités sectorielles.

⁸⁶⁵ V. Communication de la Commission, Livre vert sur le développement du marché commun des équipements et services des télécommunications, COM(87) 290 final, p. 3.

⁸⁶⁶ V. C.J.C.E., 20 mars 1985, République italienne c. Commission des Communautés européennes, aff. 41/83 : « Une entreprise disposant du monopole légal de gestion des réseaux de télécommunications viole l'article 86 du traité lorsqu'elle interdit l'activité des agences privées de réexpédition de messages dans le trafic international des télécommunications, sans qu'il soit établi que ces agences font un usage abusif des réseaux publics. Ne saurait être considéré comme tel le fait de recourir à une technologie nouvelle, constitutive d'un progrès technique conforme à l'intérêt général ».

⁸⁶⁷ V. les chiffres avancées dans le Livre vert qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique (COM(87) 290 final, voir p. 4 et p. 40 suiv.). La Commission a commencé à étudier ce point in Communication de la Commission au Conseil sur les télécommunications, « État d'avancement de la réflexion et des travaux dans ce domaine et première propositions d'un programme d'action », COM(84)277 final, du 18 mai 1984.

⁸⁶⁸ Les réseaux constituant le plus souvent des « facilités essentielles », le refus d'accès peut constituer un abus de position dominante. V. les développements de G. Dezobry, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence* (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles), Thèse dactyl., Université de Paris-Nanterre, 2007 ; M. Bazex, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », préc., p. 106 ; « Le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit faire droit aux demandes des entreprises communautaires de chemin de fer d'accès aux « infrastructures essentielles », L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, AJDA 2004 p. 1508.

⁸⁶⁹ Le fondement juridique de l'intervention législative de la Communauté dans ce secteur est l'article 86 (ex article 90) selon lequel « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus ». Le paragraphe 2 soumet en outre ces entreprises au droit de la concurrence.

⁸⁷⁰ V. Livre vert sur le développement du marché commun des équipements et services des télécommunications, préc., p. 6.

B — Le droit de l'Union européenne et la fonction contentieuse des autorités de régulation.

L'étude des rapports entre le droit de l'Union européenne et la fonction de règlement des litiges (1) précédera celle des relations entre le droit de l'Union européenne et la fonction coercitive des autorités de régulation (2). Il faudra se demander si la fonction contentieuse ne sera pas, à terme, exercée au niveau européen pour traiter des problèmes d'intérêt commun (3).

1 — La fonction de règlement des différends

La politique européenne visant à ouvrir progressivement le marché des télécommunications pour créer le marché commun commence de façon comparable à celle suivie aux États-Unis.

251. Il semble qu'au début des années 1990, au moment de la « première étape »⁸⁷¹ du processus d'ouverture progressive du secteur, la Commission européenne caressa l'idée que le droit de la concurrence pourrait suffire à permettre le développement de la concurrence dans le secteur des télécommunications. La directive du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication vise à l'ouverture du réseau en réglementant tant les conditions de fourniture du réseau que les motifs de refus d'accès qui ne peuvent être légitimes que dans un certain nombre de cas limités⁸⁷². À la réglementation de l'accès au réseau s'ajoute l'encadrement des conditions de concurrence par l'intermédiaire de la réglementation des autorisations administratives. Ainsi, la directive du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans le marché des services de télécommunication⁸⁷³ impose l'abolition des droits spéciaux ou exclusifs pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service.

Ces deux textes, dans leurs parties dispositives, ne prévoient aucun recours spécifique interne, si ce n'est le recours en manquement contre l'État, destinataire du texte. Mais qu'en est-il des voies de droit d'un opérateur qui se voit dénier l'accès ? Sur ce point, les textes sont muets. Néanmoins, les considérants de la directive du 28 juin 1990 mettent en évidence le rôle que le droit de la concurrence pourrait jouer dans ce dispositif.

Dans le préambule de la directive, la Commission entreprend de qualifier préventivement le comportement discriminatoire des opérateurs de réseau d'abus de position dominante. La

⁸⁷¹ V. P. Achilléas, *JurisClasseur Communication*, Fasc. 4650, *Droit communautaire des communications électroniques*, n°16. Cette première étape concerne deux éléments : l'ouverture à la concurrence des marchés de terminaux, et surtout l'ouverture à la concurrence, sous certaines réserves, de « la plupart des services à valeur ajoutée et des services de transmission de données » (ibid., n°17). Le champs de l'ouverture ne recouvre pas en revanche, les services par satellite, la téléphonie mobile, la radiomessagerie, la radiodiffusion destinée au public et surtout le service téléphonique vocal entre points fixes qui ne sera compris dans le processus qu'en 1995 avec la directive 95/62/CE qui étend le régime O.N.P. à ce service.

⁸⁷² V. Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (J.O.C.E. n° L 192 du 24/07/1990 pp. 1-9). Les motifs sont limitativement énumérés : « la sécurité du fonctionnement du réseau, le maintien de l'intégrité du réseau, l'interopérabilité des services, dans les cas justifiés, la protection des données dans les cas appropriés » (article 3, 2).

⁸⁷³ V. Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (J.O. n° L 192 du 24/07/1990, pp. 10-16).

Commission commence d'abord par établir la position dominante des opérateurs de réseau⁸⁷⁴ pour, ensuite, qualifier d'abus de cette position les comportements qui consisteraient « à exclu [re] du marché ou restreint [dre] l'accès des concurrents au marché des services de télécommunications en limitant ainsi le libre choix des utilisateurs [...] »⁸⁷⁵. Ce raisonnement conduit la Commission à conclure à l'incompatibilité de l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux avec le Traité⁸⁷⁶.

Ce raisonnement pourrait laisser penser que la Commission considérait, au début des années 1990 que le droit de la concurrence aurait pu fournir un recours suffisant aux nouveaux entrants sur le marché. La Commission a publié des lignes directrices afin de clarifier les problèmes concurrentiels qui ne manqueraient pas de s'élever dans le domaine des télécommunications⁸⁷⁷.

252. Toutefois, les différents textes qui vont s'échelonner dans les années 1990 vont esquisser peu à peu la physionomie de la fonction de règlement des différends. La directive du 5 juin 1992 relative à la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées⁸⁷⁸ est la première, à notre connaissance, à créer un mécanisme de recours contre une décision de refus d'accès ou d'interconnexion émanant d'un opérateur, sous la forme d'une procédure d'autorisation⁸⁷⁹. Le refus d'accès ou d'interconnexion doit faire l'objet d'une autorisation par l'autorité réglementaire nationale⁸⁸⁰. L'autorité en charge de régler ce différend est l'autorité réglementaire nationale même si la directive ne préjuge en rien de la faculté pour une partie de saisir les tribunaux.

253. La politique européenne dans ce domaine va bénéficier d'un nouveau fondement. Le Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992, va venir conférer une nouvelle base légale à la politique de la Commission en la matière puisque le nouvel article 129B affirme que : « la Communauté contribue à l'établissement et au développement de réseaux transeuropéens dans les secteurs des infrastructures du transport, des télécommunications et de l'énergie ». Le

⁸⁷⁴ V. considérant n°14 de la directive 90/388/CEE.

⁸⁷⁵ V. considérant n°16 de la directive 90/388/CEE.

⁸⁷⁶ V. considérant n° 17 et article 2 de la directive 90/388/CEE. La directive affirme d'abord que : « les droits spéciaux exclusifs accordés pour ces services [les services de télécommunications] ont pour effet de créer une situation contraire à l'objectif de l'article 3 point f) du traité, qui prévoit l'établissement d'un régime assurant que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché commun et donc, a fortiori, que la concurrence ne soit pas éliminée; que les États membres sont tenus, en vertu de l'article 5 du traité, de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs du traité, y compris celui de l'article 3 point f) ». La directive ajoute et conclut que « que les droits exclusifs octroyés en matière de services de télécommunications aux entreprises publiques ou aux entreprises auxquelles les États membres ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs pour l'établissement du réseau de télécommunications sont incompatibles avec l'article 90 paragraphe 1 en liaison avec l'article 86 ».

⁸⁷⁷ V. Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (1991/C 233/02 ; J.O.U.E. n° C 233 du 06/09/1991, pp. 2-26). V. aussi J. Temple Lang, « European competition policy and regulation : differences, overlaps, and constraints », spéc. p. 27 in *Antitrust and regulation in the EU and US: legal and economic perspectives*, ed. by F. Lévêque, H. Shelanski, Cheltenham, Northampton, Mass., E. Elgar, Coll. *New horizons in competition law and economics*, 2009.

⁸⁷⁸ V. Directive du Conseil n° 92/44/CEE du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (J.O.C.E., série L, vol. L 165, 19 juin 1992, pp. 27-36).

⁸⁷⁹ La première directive avançant la création du marché unique dans le domaine ferroviaire crée aussi un droit d'accès à l'infrastructure des États membres, mais ne met pas en place de procédure de règlement des différends car il s'agit encore de concurrence à l'échelle communautaire (v. article 10 de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires (J.O.C.E., n° L 237 du 24/08/1991 pp. 25-28)).

⁸⁸⁰ V. article 8 de la directive n°92/44/CEE.

même article ajoute que « dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels, l'action de la Communauté vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux »⁸⁸¹. La politique visant à favoriser l'interconnexion et l'accès est donc dotée d'un nouveau fondement juridique.

254. Après ce texte, on perçoit l'émergence de cette fonction dans certains rapports commandés par la Commission et préparant le futur cadre législatif de la deuxième moitié des années 1980⁸⁸². Cette fonction sera progressivement consacrée dans sa forme définitive avec la directive du 13 décembre 1995 qui étend le régime O.N.P. à la téléphonie vocale⁸⁸³. Si ce texte conserve l'idée d'une procédure d'autorisation en cas de refus d'accès ou d'interconnexion elle n'en formalise pas moins cette procédure en consacrant une fonction de « règlement national des litiges » attribuée à l'autorité réglementaire nationale.

255. Les motifs du législateur européen qui expliquent le recours à une procédure extrajuridictionnelle sont expliqués dans le préambule de la directive du 13 mars 1996⁸⁸⁴. Il s'agit de ne pas retarder l'ouverture à la concurrence par les procédés dilatoires que les opérateurs historiques ne manqueraient pas d'utiliser en allant devant les tribunaux⁸⁸⁵. L'explication réside dans l'inégalité de force entre les opérateurs, inégalité que le système judiciaire ne permet pas de compenser et que l'opérateur dominant peut utiliser à son profit pour retarder l'arrivée de la concurrence.

256. La position du législateur européen est confortée et s'explique certainement — même si aucun élément dans les travaux préparatoires ne permet de l'affirmer — par l'expérience américaine qui a servi, comme au Royaume-Uni, de repoussoir. De surcroît, l'échec du modèle néo-zélandais de libéralisation des télécommunications par le seul droit de la concurrence a pu aussi justifier le choix d'une procédure administrative⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ V. article 129B Traité sur l'Union européenne (J.O.C.E. n° C 191 du 29 juillet 1992). Cet article est devenu l'article 154 TCE et il est aujourd'hui l'article 170 TUE.

⁸⁸² V. WIK and EAC (1994), « Study on Network Interconnection in the Domain of ONP, for the European Commission », October 1994, spéc. p. 43-44. Ce rapport, sans évoquer de modèle particulier, parle de la nécessité de mettre en place un système d'arbitrage sous l'autorité des autorités de régulation. Il décrit le régime institué par la directive 95/62/CE, pp. 55 suiv..

⁸⁸³ V. Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale (J.O.C.E., n° L 321 du 30/12/1995 pp. 6-24), articles 10, 11 et 27 ainsi que le considérant 10.

⁸⁸⁴ V. Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications (J.O.C.E. n° L 074 du 22/03/1996 pp. 13-24).

⁸⁸⁵ V. considérant n° 13 de la directive n°96/19/CE : « que l'interconnexion doit en principe faire l'objet de négociations entre les parties, sans préjudice des règles de concurrence applicables aux entreprises; que, compte tenu du déséquilibre dans ces négociations entre les nouveaux entrants et les organismes de télécommunications dont la position de monopole résulte des droits spéciaux et exclusifs dont ils ont bénéficié, il est très probable que, tant qu'un cadre harmonisé n'aura pas été mis en place par le Parlement européen et le Conseil, l'interconnexion sera retardée par des litiges concernant les termes et conditions à appliquer; que de tels délais feraient échec à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché et empêcheraient l'abolition des droits exclusifs et spéciaux de devenir effective; que l'absence de mesures de sauvegarde afin de prévenir un tel état de fait mènerait au maintien de fait des droits exclusifs et spéciaux actuels (...) ».

⁸⁸⁶ La Nouvelle-Zélande offre le seul exemple dans le monde, à notre connaissance, d'une complète et véritable déréglementation du secteur des télécommunications. Le Telecommunications Act de 1987 et le Telecommunications Amendment Act 1988 ouvrirent entièrement le secteur à la concurrence à compter du 1^{er} avril 1989. Le choix du Gouvernement travailliste de l'époque fut d'utiliser le seul droit de la concurrence (issu du Commerce Act de 1986) pour encadrer l'action de l'opérateur historique. L'histoire a montré l'inefficacité d'un tel choix, à savoir le recours au droit de la concurrence pour résoudre les problèmes d'interconnexion et

Les directives de 1997 vont parachever ce travail et finir de consacrer une fonction dont l'importance n'ira que grandissante⁸⁸⁷ dans les directives ultérieures⁸⁸⁸.

Alors qu'au XIX^e siècle le secteur des chemins de fer fut le secteur précurseur et, à bien des égards, le modèle des agencements juridiques pour les autres secteurs, les réformes des services publics en réseau des années 1980 et 1990 ont pris comme étalon le secteur des télécommunications. Aussi la fonction de règlement des différends, après avoir été mise en place dans le secteur des télécommunications, a-t-elle été étendue aux autres secteurs au niveau européen : dans le secteur de l'électricité⁸⁸⁹, du gaz⁸⁹⁰ ou dans le secteur des aéroports⁸⁹¹ ; parfois d'ailleurs de manière moins formalisée et claire⁸⁹².

Après avoir montré l'émergence en droit de l'Union européenne d'une fonction de règlement des différends, il reste à analyser comment celui-ci prend en compte de manière croissante le pouvoir coercitif de ces autorités.

d'accès. Si les tribunaux purent forcer l'interconnexion, le droit de la concurrence s'avère insuffisant pour préciser le tarif et les termes de celui-ci. V. les péripéties judiciaires *in* C. Blanchard, « Telecommunications regulation in New Zealand How effective is 'light-handed' regulation? », *Telecommunications Policy*, 1994, vol. 18, n°2, pp. 154-164 et du même auteur « Telecommunications regulation in New Zealand Light-handed regulation and the Privy Council's judgment », *Telecommunications Policy*, 1995, vol. 19, n°6, pp. 465-475. V. aussi D. Gabel, W. Pollard, « Privatization, Deregulation, And Competition: Learning From The Cases Of Telecommunications In New Zealand And The United Kingdom », *The National Regulatory Research Institute*, january 1995, NRRI 94-32, p. 111. Une autorité sectorielle fut créée en 2001 par le *Telecommunications Act* de 2001 créant le *Office of the Telecommunications Commissioner* (B. Howell, « Politics and the Pursuit of Telecommunications Sector Efficiency in New Zealand », *Journal of Competition Law & Economics*, 6(2), pp. 253-276, spéc. p. 265).

⁸⁸⁷ V. Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (J.O.C.E., n° L 199 du 26/07/1997, pp. 32-52), article 9 (spéc. art. 9,5).

⁸⁸⁸ V. article 20 de la directive dite « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (J.O.C.E., 24.4.2002, n° L 108, pp. 33-50). Un rapport important explique la consécration de la fonction de règlement des différends dans cette directive (Ovum, D. Lewin, D. Rogerson, *A review of the Interconnect Directive - A final report to the Information Society Directorate*, October 1999, spéc. § 4.13). Ce rapport affirme : « The proposals in this chapter rely on the idea that negotiation will gradually take over from regulation as the basis for determining interconnect service supply conditions. This makes it especially important that the negotiation process works well. But a significant number of respondents, both entrants and incumbents, report that the current negotiation and dispute resolution processes do not work efficiently and that these problems will persist in the long term ». On voit donc que c'est bien le retour d'expérience, les difficultés de négociations dans les faits, qui expliquent l'affirmation de la fonction de règlement des différends.

⁸⁸⁹ V. Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 027 du 30/01/1997 p. 20-29), article 20§3 modifié ensuite par l'article 23§5 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003.

⁸⁹⁰ V. article 25§5 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

⁸⁹¹ V. Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, article 11.

⁸⁹² V. ainsi la procédure dans le domaine ferroviaire prévue par l'article 30 de la Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (J.O.C.E. du 15.3.2001, L 75, pp. 29-46).

257. Le pouvoir coercitif des autorités de régulation se fait d'abord très discret dans les directives européennes. Les directives se contentent tout d'abord de conférer un pouvoir de contrôle ou de surveillance aux autorités réglementaires nationales⁸⁹³. Ces pouvoirs ne préjugent en rien de l'utilisation par les États membres de la voie administrative ou juridictionnelle pour assurer l'exécution des obligations contenues dans la directive.

258. Ce n'est qu'avec les directives de 1997 que le pouvoir coercitif des autorités réglementaires nationales devient plus précis, dans le secteur des télécommunications. La directive du 30 juin 1997 confère un pouvoir d'injonction aux autorités nationales⁸⁹⁴. Les directives suivantes confirmeront toujours l'existence de ce pouvoir coercitif, d'enjoindre aux entreprises autorisées de faire cesser les manquements aux conditions contenues dans l'autorisation⁸⁹⁵.

259. Mais il n'est toujours pas question de pouvoir de sanction. Ce pouvoir apparaît avec la directive dite « autorisation » du 7 mars 2002⁸⁹⁶. En cas de non-respect de l'injonction de cesser les agissements contraires aux obligations contenues dans l'autorisation, l'autorité administrative peut recourir à des sanctions financières et exceptionnellement au pouvoir de retrait ou de suspension de l'autorisation. Il est intéressant de constater qu'en droit de l'Union européenne le régime coercitif associé à l'autorisation administrative est contraire aux principes traditionnels du pouvoir coercitif associé à ce titre tel que nous l'avons montré précédemment puisque la directive dite « autorisation » énonce une préférence pour la sanction financière et un rejet des sanctions propres à l'autorisation, à savoir le retrait et la suspension. Le considérant 27 de cette directive énonce ainsi qu'« il serait disproportionné, sauf dans des circonstances exceptionnelles, de suspendre ou de retirer le droit de fournir des services de communications électroniques [...] lorsqu'une entreprise ne respecte pas une ou plusieurs conditions prévues par l'autorisation générale »⁸⁹⁷.

260. Ce pouvoir est confirmé et augmenté par la directive du 25 novembre 2009⁸⁹⁸. Alors que dans la directive « autorisation » de 2002 l'attribution d'un pouvoir de sanction financière à l'autorité de régulation n'était qu'une faculté, celle-ci devient, en 2009, une obligation⁸⁹⁹. Avec la révision du paquet télécom en 2009 c'est la première fois, à notre connaissance, que le choix de confirmer et de renforcer le pouvoir de sanction des autorités réglementaires

⁸⁹³ V. d'abord à l'article 7 de la Directive 90/388/CEE, Directive 95/62/CE

⁸⁹⁴ V. par ex. les articles 7 §2 et 9 §6 de la directive 97/33/CE (la directive attribue aux autorités réglementaires nationales, dit-elle, un pouvoir ou une faculté d'exiger un comportement de la part des opérateurs).

⁸⁹⁵ V. par ex. l'article 10 §2 de la directive n° 2002/20/CE, confirmé et précisé dans la directive de 2009.

⁸⁹⁶ V. Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive dite « autorisation ») (J.O.C.E., 24.4.2002, n° L 108, pp. 21-32), spéc. considérant n°27 et article 10.

⁸⁹⁷ V. considérant n°27 de la directive dite « autorisation » du 7 mars 2002, n°2002/20/CE (J.O.C.E., p. 23).

⁸⁹⁸ V. Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009. Ce texte ajoute un article 21 *bis* à la directive dite « cadre » concernant les sanctions aux dispositions contenues dans la directive.

⁸⁹⁹ La directive de 2002 stipulait ainsi que « les États membres peuvent habiliter les autorités compétentes à imposer des sanctions financières s'il y a lieu » (v. article 10 §3) et au paragraphe 4 que « les États membres peuvent habiliter l'autorité compétente à imposer, s'il y a lieu, des sanctions financières aux entreprises qui n'ont pas respecté l'obligation d'informer des sanctions financières ». Dans la directive de 2009, c'est le temps présent qui est utilisé dont on sait qu'il équivaut en droit à l'impératif : non seulement « les États membres habiliter les autorités compétentes à imposer des sanctions financières » (nouvel article 10, §3, point a), mais aussi désormais ils doivent conférer un tel pouvoir en cas de non-respect des obligations d'information (nouvel article 10, §4).

nationales s'appuie sur une étude économique. Cette étude économique, « An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector », établit une corrélation positive entre l'effectivité des sanctions et le degré d'investissement dans le secteur⁹⁰⁰. Comme en dispose la directive, la « sécurité réglementaire [...] est un moteur important des investissements » et c'est ce motif qui explique le renforcement des pouvoirs de sanction dans le cadre de la directive dite « cadre ». Ces études se placent dans le cadre théorique du « *regulatory design* »⁹⁰¹. Ces travaux, qui ont pour origine intellectuelle l'économie des coûts de transaction,⁹⁰² ont mis en évidence, à partir de comparaisons entre les différentes réformes mises en œuvre dans le monde depuis les années 1980, l'importance de ce qu'ils appellent la « gouvernance réglementaire » ou « *regulatory governance* » : l'importance de la crédibilité de l'autorité de régulation, de son indépendance et des pouvoirs qu'elle possède afin de contraindre efficacement l'opérateur historique à respecter ses engagements. On voit là de manière éclatante à quel point les réformes issues de l'analyse économique du droit pourraient bien apparaître – comme nous le montrerons plus loin — comme antilibérales d'un point de vue juridique. La question des principes juridiques qui limitaient traditionnellement l'action répressive de l'exécutif est occultée par l'importance de l'efficacité. La Commission n'a d'ailleurs pas fait d'étude juridique pour savoir si la question du pouvoir de sanction pouvait heurter les principes juridiques de certains États membres.

261. Cette évolution est encore plus sensible dans le domaine énergétique. Les directives de 2003 dans les secteurs de l'électricité et du gaz sont très floues sur la question de la fonction coercitive des autorités de régulation nationales. La directive de 2003 ne contient aucune disposition explicite conférant un pouvoir coercitif à l'autorité de régulation. Ceci contraste fortement avec l'objectif de la directive de 2009 qui affirme nettement que « les régulateurs de l'énergie devraient avoir le pouvoir de prendre des décisions contraignantes relativement à des entreprises d'électricité et d'infliger des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives à l'encontre de celles qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent, ou de suggérer qu'une juridiction compétente leur inflige de telles sanctions ». Si le préambule de la directive réserve la possibilité d'attribuer ce pouvoir à une juridiction⁹⁰³, la partie dispositives de la même directive, elle, attribue exclusivement ce pouvoir à l'autorité de régulation dans deux hypothèses⁹⁰⁴, tout en réservant, parfois, la faculté d'attribuer ce pouvoir à une juridiction⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ V. « An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector », Final Report To The European Commission DG Information Society and Media By London Economics In association with Pricewaterhouse Coopers, July 2006, *passim*.

⁹⁰¹ La conception de la régulation comme un problème de « *design* » ou de conception prend ses sources dans les travaux de Levy et Spiller : v. notam. B. Levy, P.T. Spiller, « Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications – A comparative analysis of 5 Country Studies », The World Bank Research Observer, 1993, pp. 215-266. Ces idées sont développées ensuite in B. Levy, P. T. Spiller, « The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation », Journal of Law, Economics, & Organization, vol. 10, n° 2 (Oct., 1994), pp. 201-246.

⁹⁰² V. G. L. F. Holburn, P. T. Spiller, « Institutional or structural: lessons from international electricity sector reforms », pp. 463-502, spéc. p. 464, in The economics of contracts: theories and applications, É. Brousseau, J.-M. Glachant (ed.), Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2002.

⁹⁰³ V. considérant 37 et 38 de la directive 2009/72/CE. Cette concession est le fait du Parlement européen qui souhaite accorder cette exigence avec les contraintes constitutionnelles de certains pays (v. Commission staff working paper, interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, The Regulatory Authorities, Bruxelles, 22 Janvier, 2010, p. 18)

⁹⁰⁴ V. article 37 § 3, point a de la directive 2009/72/CE et voir aussi l'article 37 § 5 point a.

Dans le domaine gazier, on observe la même évolution vers l'attribution obligatoire d'un pouvoir répressif à l'autorité en charge du secteur, ce qui n'était pas prévu en 2003⁹⁰⁶. Comme dans le secteur des communications électroniques la justification de cette évolution réside dans la certitude que des autorités administratives indépendantes et disposant de pouvoirs de sanctions dissuasifs sont un garant de l'efficacité du marché. Cette évolution fut souhaitée par certains acteurs du marché⁹⁰⁷. En dernière instance, on constate aussi une tendance de la Commission à initier des actions en manquement contre les États qui ne doteraient pas leurs autorités nationales de pouvoirs coercitifs suffisants (sous la forme de sanctions financières) ou dont les autorités manqueraient à leurs obligations de poursuivre les infractions⁹⁰⁸.

262. Les autres secteurs connaissent aussi un pouvoir coercitif, mais les textes sont moins diserts et se contentent, comme dans le secteur postal, de prévoir que « Les autorités réglementaires nationales ont en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la présente directive »⁹⁰⁹ sans que cette disposition préjuge de l'attribution d'un pouvoir quelconque puisqu'il n'empêche pas le recours de l'autorité administrative devant le juge.

Qu'en est-il, à présent, de l'exercice de la fonction contentieuse au niveau européen ? Peut-on penser qu'à terme, avec l'affermissement progressif de la construction européenne, celle-ci ne sera pas attribuée à des agences européennes ?

3 — *Vers l'exercice de la fonction contentieuse au niveau européen ?*

263. Dans le domaine du règlement des différends, il est probable que l'évolution du droit de l'Union européenne verra la consécration de cette fonction au niveau européen, même si l'on

⁹⁰⁵ Ainsi, à l'article 37 § 4 point d de la directive 2009/72/CE qui énonce l'ensemble des compétences minimums dont doivent obligatoirement disposer les autorités de régulation, il est stipulé que les autorités de régulation doivent pouvoir « infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent en vertu de la présente directive ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation ou de l'agence, ou proposer qu'une juridiction compétente inflige de telles sanctions ».

⁹⁰⁶ V. la directive 2003/55/CE qui n'évoque pas les pouvoirs coercitifs de l'autorité de régulation alors que la directive 2009/73/CE impose l'attribution d'un tel pouvoir avec les mêmes réserves que dans le secteur de l'électricité.

⁹⁰⁷ V. l'étude d'impact réalisée par la Commission accompagnant le paquet énergétique : Commission staff working document accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas (COM(2007) 528 final, COM(2007) 529 final, COM(2007) 530 final, COM(2007) 531 final, COM(2007) 532 final, SEC(2007) 1180), Impact Assessment, p. 27, p. 45 et *passim*.. La lecture des réponses à la consultation organisée par la Commission européenne montre que certains acteurs ont vivement souhaité l'attribution de pouvoirs répressifs (v. les contributions par exemple de Bergen Energi (p. 2) et surtout du Council of European Energy Regulators (p. 22)).

⁹⁰⁸ V. le communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission prend des mesures pour garantir l'efficacité et la compétitivité du marché de l'énergie en Europe », Bruxelles, le 25 juin 2009, IP/09/1035 ; Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on progress in creating the internal gas and electricity market, SEC(2010)251, Bruxelles, 11 mars 2010, COM(2010)84 final, p. 3.

⁹⁰⁹ V. article 22 al. 3 de la Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., L. 15, du 21.1.98, pp. 14-25) repris et modifié sans toutefois en bouleverser l'esprit par la Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

ne relève, aussi bien en France qu'au Royaume-Uni, aucun litige transfrontalier pour l'instant⁹¹⁰. Dès 1997, la Commission avait lancé une réflexion sur la possibilité d'instituer des autorités au niveau européen pour gérer notamment les litiges transfrontaliers⁹¹¹. La Commission note que « [...] les problèmes rencontrés par les autorités réglementaires nationales pour résoudre les litiges transfrontaliers aboutissent à des solutions inefficaces et entravent le marché intérieur »⁹¹².

Pour l'instant, les dispositions relatives au règlement des différends entre deux pays européens sont du ressort de dispositions *ad hoc* des directives sectorielles. Deux types de règles sont mis en place au niveau européen : soit des dispositions de coordination des autorités de régulation nationales, soit un mécanisme d'attribution des compétences. On constate néanmoins un rôle croissant des autorités européennes en la matière.

264. Dans le domaine des télécommunications, les autorités réglementaires nationales doivent, en cas de litiges transfrontaliers, coordonner leurs efforts et peuvent consulter l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (O.R.E.C.E. ou B.E.R.E.C. en anglais) « afin de régler le litige de façon cohérente »⁹¹³. Si l'autorité sectorielle d'un État membre décide de saisir cet organisme, la résolution du différend est suspendue jusqu'à ce que l'Organe ait rendu son avis⁹¹⁴. Cet organisme n'a qu'un pouvoir consultatif. Dans le domaine de l'électricité, c'est aussi un régime de coopération⁹¹⁵ des autorités administratives nationales qui s'applique sous l'autorité d'une agence européenne, l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie⁹¹⁶. Il existe aussi, dans le domaine du gaz par exemple, la mise en place de règles de conflit donnant compétence à certaines autorités nationales sur d'autres⁹¹⁷. Comme le conclut Hubert Delzangles : « Il n'y a donc pas de logique d'ensemble liant la situation en cause et les modalités de coordination »⁹¹⁸.

265. L'évolution générale du droit de l'Union européenne semble néanmoins être à la mise en place d'organismes sectoriels au niveau européen pour régler les différends entre autorités nationales. C'est ce que l'on constate dans le domaine des marchés financiers⁹¹⁹, c'est aussi ce

⁹¹⁰ Ce constat est partagé par H. Delzangles pour la France (H. Delzangles, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, thèse préc., p. 635, note 338). V. aussi Lamy Droit Public des Affaires, 2010, n° 622, « Vers des autorités de régulation européennes supervisant les autorités de régulation nationales ? ».

⁹¹¹ V. Issues associated with the creation of a European Regulatory Authority for telecommunications, A Report by NERA and Denton Hall for the European Commission (DG XIII), Appendices, March 1997, London, p. 12.

⁹¹² V. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une autorité européenne du marché des communications électroniques (COM/2007/0699 final).

⁹¹³ V. article 21 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002. V. Draft BERECE report on cross-border issues under Article 28 USD, Public Consultation, 9 December 2010 – 13 January 2011, BoR (10) 62, spéc. p. 28.

⁹¹⁴ V. la transposition récente de cette exigence : Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, article 17 (J.O.R.F., n°0197, 26 août 2011, p. 14473, texte n° 49).

⁹¹⁵ V. article 38 de la directive « électricité » n° 2009/72/CE et article 42 de la directive « Gaz » n° 2009/73/CE. V. sur ce point le commentaire de B. du Marais, « L'adoption sous haute tension du troisième "Paquet Énergie" », *Gazette du Palais*, 3 avril 2010, n° 93, p. 11.

⁹¹⁶ V. Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie.

⁹¹⁷ V. article 34§4 de la Directive « Gaz », de la directive 2009/73/CE.

⁹¹⁸ V. H. Delzangles, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles*, thèse préc., p. 634.

⁹¹⁹ V. sur ce point R. Vabres, « Le pouvoir de décision individuelle des Autorités européennes de surveillance », *Euredia, Revue Européenne de Droit Bancaire & Financier*, 2010, n°3, pp. 399 suiv. ; R. Vabres, « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 2, Mars 2011, étude 12 ; A.-C. Muller, « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », *Revue de*

que l'on remarque dans celui de l'énergie. Dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, la compétence de règlement des différends de l'agence dans le domaine de l'énergie (A.C.E.R.), est limitée aux hypothèses de conflits entre autorités réglementaires nationales, lorsque celles-ci ne sont pas parvenues à un accord et lorsqu'elles ont fait appel à l'agence européenne⁹²⁰, mais elle dispose d'un réel pouvoir de décision. Cette agence dispose aussi, en son sein, d'un organe de recours pour contester cette décision. En revanche, dans le cas de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, il semble qu'il ne dispose que de compétences consultatives⁹²¹.

266. L'ultime étape serait d'aligner ce régime institutionnel sur celui du droit de la concurrence, qui confère une compétence importante à la Commission, ou sur celui des marchés financiers, pour lesquels l'E.S.M.A. dispose d'une compétence contentieuse de plus en plus importante⁹²². Mais, dans un esprit de subsidiarité — qui doit privilégier l'échelon de compétence le plus efficace⁹²³ —, il n'est pas sûr que ce schéma soit le plus efficace en ce qui concerne les services publics en réseau. Le schéma qui semble se mettre en place a une cohérence : les situations juridiques transnationales doivent pouvoir bénéficier de l'expertise d'un organe apte à représenter l'intérêt de l'Union et donc, en cas de litige, l'organe européen doit pouvoir donner au minimum un avis. Dans la majorité des cas, les marchés restant encore nationaux, l'attribution d'une compétence principale aux autorités sectorielles nationales semble la solution la plus cohérente.

Conclusion du § 1

Le droit européen a donc eu une importance notable dans l'affermissement de la fonction contentieuse des autorités de régulation. La transposition en droit interne des directives européennes va consacrer son épanouissement. Toutefois une divergence va apparaître entre les deux pays dans le champ de cette fonction, qui déborde, en France, le cadre des services publics en réseau.

Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2011, étude 11. Dans le domaine des marchés financiers le règlement des différends a deux objets : le règlement des litiges entre autorités nationales et l'examen des recours contre les décisions individuelles. Les destinataires de ces décisions sont principalement les autorités nationales et ne peuvent être des entreprises, des personnes privées qu'en cas d'inaction caractérisée de l'autorité nationale.

⁹²⁰ V. Règlement (CE) n°713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, article 8. V. ERGEG, European Energy Regulators welcome the Commission's Communication on Infrastructure, Press Release (PR-10-09). V. S. Rodrigues, « La coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne », La coordination des autorités de régulation, Les actes des ateliers de la concurrence du 26 janvier 2010 de la D.G.C.C.R.F., p. 13.

⁹²¹ V. article 3§1, point g, du Règlement (CE) n° 1211/2009. Le règlement dispose que l'organe peut « être consulté et rendre des avis sur des litiges transfrontaliers ». V. L. Cour, « La révision du cadre européen des communications électroniques », Revue Lamy Droit de l'Immatériel – 2010, n°56 ; L. Rapp, « La nouvelle réglementation européenne des communications électroniques : du “paquet” au “paquetage” », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2010, n°60.

⁹²² V. par ex. le pouvoir de sanction de l'ESMA sur les agences de notation : T. Bonneau, « Enregistrement et sanction », Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2011, comm. 181 : « Le contrôle des agences de notation est transféré à l'Autorité européenne des marchés financiers qui est dotée, à cette occasion, d'un pouvoir de sanction à leur encontre ». V. Règlement n° 513/2011 du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit (JOUE n° L 145, 31 mai 2011, p. 30).

⁹²³ La subsidiarité se définit par deux conditions. Il faut d'une part que l'action des États membres dans un secteur déterminé, soit jugée insuffisante, et que, corrélativement, cette action soit susceptible d'être réalisée de manière plus efficace à l'échelon communautaire (V. V. Constantinesco, V. Michel, Compétences de l'Union européenne, in Répertoire Dalloz de droit communautaire, n°238).

§ 2 — L'épanouissement de la fonction contentieuse des autorités de régulation dans les droits internes

267. L'impulsion que le droit de l'Union européenne a fait prendre à la fonction contentieuse des autorités de régulation a rompu la digue que les systèmes juridiques anglais et français lui opposaient jusqu'alors. Non seulement il l'a rompu du point de vue du pouvoir coercitif, mais il l'a fait aussi du point de vue de la fonction de règlement des différends. Il serait inexact d'établir un lien causal entre la consécration de la fonction contentieuse au niveau européen et son développement dans les systèmes juridiques anglais et français — particulièrement en matière répressive. Les évolutions sont parallèles et s'expliquent certainement par un changement plus profond et plus général dont les conséquences seraient sensibles dans les droits européens et internes.

On va donc assister d'une part à l'apparition et à la consécration d'un véritable pouvoir répressif des autorités de régulation. Ces autorités vont désormais être dotées d'un pouvoir de sanction financière, qui n'est pas traditionnellement associé à l'autorisation administrative (I). D'autre part, le pouvoir de règlement des différends va déborder le cadre européen et être étendu à d'autres secteurs (II).

I — Le pouvoir coercitif des autorités de régulation

Deux traits saillants de ce pouvoir doivent être étudiés : son évolution (A) et sa diversification (B).

A — L'évolution des pouvoirs coercitifs au Royaume-Uni et en France

Le Royaume-Uni connaît un essor sans précédent de la répression administrative, qui dépasse les secteurs à l'étude (1). La sanction pécuniaire devient aussi, en droit français, le mode prédominant de répression des manquements aux lois et règlements applicables à ces secteurs (2).

1 — En droit anglais : l'essor de la répression administrative

268. Ce bouleversement est particulièrement net au Royaume-Uni. Il est possible d'affirmer sans trop se tromper que les années 2000 ont été, pour ce pays, celles de l'essor de la répression administrative. Il est à cet égard très éclairant de comparer les textes des années 1980 et ceux des années 2000 qui transposent les directives européennes. Par exemple, dans le secteur des communications électroniques, le Communications Act de 2003 consacre un pouvoir de sanction pécuniaire⁹²⁴ qui n'existait pas auparavant. On retrouve la même tendance dans le domaine énergétique⁹²⁵. Cette direction correspond à l'essor de la répression

⁹²⁴ V. article 96 du Communications Act 2003.

⁹²⁵ Le Utilities Act 2000 confère un pouvoir de sanction financière dans le domaine de l'électricité (Electricity Act 1989, article 27A) et du gaz (Gas Act 1986, article 30A) à la Gas and Electricity Markets Authority (Ofgem).

administrative que connaît le Royaume-Uni depuis ces années, où plusieurs textes sont venus entériner l'existence d'une véritable répression administrative autonome.

269. La loi emblématique de cette évolution est la Regulatory Enforcement and Sanctions Act de 2008⁹²⁶. L'annexe six de la loi contient la liste des lois concernées par la dépenalisation : concernant l'Angleterre, elles sont au nombre de cent quarante-deux (contre cent quarante et une pour le Pays de Galles)⁹²⁷. Cette loi confère aux ministres de la Couronne le pouvoir de remplacer les infractions pénales contenues dans ces lois par une décision administrative qui peut être une sanction pécuniaire⁹²⁸ ou une injonction⁹²⁹. Le domaine de cette dépenalisation est extrêmement vaste comme peuvent l'attester le nombre de lois concernées et le caractère systématique de l'approche retenue dans ce pays. Les domaines concernés sont : le domaine de la police⁹³⁰, de l'environnement qui fut d'ailleurs le domaine pionnier⁹³¹, la protection des consommateurs⁹³².

De même, les secteurs qui s'ouvrent à la concurrence dans ces années, comme le secteur postal, voient les autorités en charge de ces secteurs dotées de pouvoirs répressifs importants⁹³³. La même observation peut être faite dans le domaine de l'eau⁹³⁴.

⁹²⁶ V. Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 (chap. 13). V. les comm. suiv. R. Macrory, « Reforming regulatory sanctions - a personal perspective », *Environmental Law Review*, 2009, pp. 69-74 ; C. Abbot, « The Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 », *Environmental Law Review*, 2009, pp. 38-45.

⁹²⁷ V. l'annexe 6 de la loi, Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008.

⁹²⁸ V. partie 3, article 39 de la Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008.

⁹²⁹ La loi donne un pouvoir d'injonction très large. Le contenu de l'injonction peut être double : soit une injonction de faire, d'accomplir un certain nombre d'actions positives (article 42 « discretionary requirement »), soit une injonction de ne pas faire (article 46 « Stop notices »).

⁹³⁰ Le Licensing Act 2003 (qui encadre le pouvoir d'autorisation des activités de vente et de fourniture d'alcool ainsi que de divertissement entre autres), le Gambling Act de 2005 (qui encadre les activités de jeu). Cette règle est aujourd'hui mise à mal. Il a ainsi été souligné en doctrine que la loi de 2003 sur l'autorisation (Licensing Act 2003) est en réalité une loi de déréglementation, qui relâche largement le contrôle et les conditions relatives aux activités soumises à autorisation. Le but de cette loi est ainsi de « promouvoir une plus grande liberté de choix pour le consommateur tout en encourageant le développement de l'industrie du divertissement » (V. C. Manchester, S. Poppleston and J. Allen, *Alcohol and entertainment licensing law*, préc., p. 5, n°1.2.2.), cet objectif devant être bien sûr concilié avec la nécessité de préserver l'ordre public. C'est dans ce cadre que le pouvoir de sanction connaît un regain d'intérêt. Il peut sembler paradoxal que la répression administrative accompagne des mesures de déréglementation ; pourtant, elles semblent bien être au cœur du projet car elles permettent de justifier une plus grande liberté aux acteurs économiques qui doivent pouvoir « prendre leurs décisions en fonction du marché » (V. *ibidem*, p. 6, n°1.2.5.) tout en respectant l'ordre public sous la menace de sanction beaucoup plus dissuasive. Le domaine des jeux est aussi un exemple de déjuridictionnalisation du régime de l'autorisation administrative au Royaume-Uni. La compétence pour l'attribution de l'autorisation appartenait aux juges et elle est transférée en 2005 aux municipalités (v. Gambling Act de 2005, notes explicatives, point n°8).

⁹³¹ Le promoteur de la réforme est en effet un professeur de droit de l'environnement (R. Macrory) et l'agence qui a le plus tôt réfléchi à cela est justement l'Environment Agency. V. Environment Act 1995 (chap. 25), article 110.

⁹³² V. Consumer Protection Act 1987 (chap. 43), Part II Consumer Safety, article 12.

⁹³³ V. Postal Services Act 2000 (chap. 26), articles 30 suiv.. La loi de 2011 réformant le secteur postal et transférant les fonctions de Postcomm à Ofcom opère aussi un transfert des pouvoirs répressifs.

⁹³⁴ L'autorité administrative en charge de ce secteur voit ses pouvoirs répressifs fortement augmentés en 2003. V. Water Act 2003, notice explicative sur les articles 47 et 48 qui ajoute des dispositions conférant un pouvoir de sanction pécuniaire à l'autorité administrative en charge du secteur de l'eau, Ofwat.

270. En France, la loi avait déjà consacré un pouvoir de sanction pécuniaire pour les autorités de régulation depuis 1989 dans le domaine audiovisuel. Ce pouvoir répressif est étendu à toutes les autorités de régulation⁹³⁵. On peut même se demander si dorénavant on n'assiste pas à un renversement du régime juridique qui prévalait en matière coercitive : le retrait ou la suspension de l'autorisation ne seraient plus utilisés que de manière exceptionnelle alors que la règle serait devenue l'utilisation de la sanction pécuniaire. Le droit de l'Union européenne, dans le domaine des communications électroniques, affirme cela de manière très nette en disant dans les directives concernées qu'il serait disproportionné, sauf circonstances exceptionnelles, de suspendre ou de retirer l'autorisation⁹³⁶.

271. Cette évolution, dans le domaine des communications électroniques, s'explique par le changement du régime d'autorisation, qui s'assouplit peu à peu. En effet, une des grandes ambiguïtés des réformes des années 1980 est d'avoir prétendu « libéraliser » les services publics alors que le législateur continuait à les soumettre à un régime préventif d'autorisation administrative préalable. Les années 2000 vont venir mettre un terme à cette ambiguïté en substituant au régime d'autorisation un régime déclaratif. Dans le secteur des communications électroniques, deux activités sont soumises à déclaration, celles d'opérateurs de réseaux de communication électronique et de prestataires de services de communication électronique, qui cessent ainsi d'être soumis à un régime d'autorisation en France à partir de 2004⁹³⁷. Après cette loi « ne subsiste plus, en fait d'autorisation, c'est-à-dire de conditions d'accès au marché, que celle qui résulte de l'utilisation du domaine public hertzien »⁹³⁸. Le marché est donc, pour ces activités, plus ouvert à la concurrence, transposant ainsi l'exigence européenne contenue dans la directive dite « autorisation »⁹³⁹. Le droit anglais a transposé cette exigence à l'article 33 de la loi sur la communication⁹⁴⁰.

272. Est-ce que cela change la nature de la coercition, d'une coercition basée sur un lien préalable à une coercition qui se déploie dans l'ordre juridique général ? On peut en douter. Il est vrai que l'exercice de l'activité n'est plus désormais soumis qu'à une formalité. L'autorité administrative n'a plus dorénavant la faculté de refuser l'exercice de l'activité. Comme le

⁹³⁵ V. dans le domaine énergétique les articles 38 et 40 de la loi du 10 février 2000 (préc.) ; dans le domaine postal v. l'article 5 de la loi du 20 mai 2005 (codifié à l'article L5-3 du Code des postes et des communications électroniques) ; dans le domaine ferroviaire v. l'article 17 de la loi du 8 décembre 2009 ;

⁹³⁶ V. cons. n°27 de la directive dite « autorisation » n° 2002/20/CE.

⁹³⁷ V. Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, (J.O.R.F. n°159 du 10 juillet 2004, p. 12483, texte n° 1), article 6 modifiant l'article 33-1 du code des postes et télécommunications (devenu code des postes et des communications électroniques). V. les comm. suiv. : L. Rapp, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », AJDA 2004 p. 2047 ; L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », Recueil Lebon 2004 p. 1508 ; S. Nivault, « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications », Revue Lamy de la concurrence, février 2005, n° 2 ; J. Bourserie, « La nouvelle architecture du droit de la communication », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2005, étude 14 ; P. Achilléas, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en France », Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2004, étude 37.

⁹³⁸ V. L. Rapp, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », préc.. Sur les critères d'attribution de ces autorisations v. Lamy Droit Public des Affaires, 2010, n° 1921, « Saisine de l'ARCEP ». Sur le nouveau régime introduit par la loi de 2004 v. Jcl Adm., Communications électroniques, Fasc. 274-10, n°29 suiv..

⁹³⁹ V. cons. n°8 de la directive 2002/20.

⁹⁴⁰ V. article 33 du Communications Act de 2003.

montre Gilles Lebreton : « La déclaration préalable est un système intermédiaire entre le régime répressif et le régime préventif. Comme dans le régime de l'autorisation préalable, la personne qui souhaite exercer une liberté doit en informer préalablement une autorité publique. Mais avec le système de la déclaration préalable, l'autorité ainsi informée n'a qu'un rôle purement passif. Elle se borne à enregistrer la décision de la personne, et à délivrer à celle-ci un récépissé attestant que l'information a été effectuée. En aucun cas elle n'a à autoriser, ou à refuser d'autoriser, l'exercice de l'activité envisagée. Contrairement à l'information transmise dans le cadre du régime de l'autorisation préalable, l'information effectuée dans le cadre du système de la déclaration préalable ne s'analyse donc pas comme une demande, mais comme un simple avertissement. Comme dans le régime répressif, la liberté demeure donc la règle »⁹⁴¹.

273. Cet exposé n'est toutefois pas complètement exact. D'une part, au Royaume-Uni, le législateur affirme toujours que l'activité est interdite. D'autre part, le juge administratif français estime que l'autorité administrative ne peut soumettre l'exercice d'une activité à une procédure d'autorisation⁹⁴², tout comme à formalité de déclaration⁹⁴³ sans l'intervention du législateur. Le régime répressif mis en place à la suite de ces réformes ne s'écarte guère du principe retenu dans le cadre d'un régime d'autorisation. C'est d'abord sur le lien que la sanction peut porter, puisque ce lien d'autorisation confère tout de même un droit d'exercer une activité. Le code des postes et des communications électroniques précise ainsi que l'Autorité peut, en fonction de la gravité du manquement, suspendre totalement ou partiellement « pour un mois au plus, le droit d'établir un réseau de communications électroniques ou de fournir un service de communications électroniques, ou le retrait de ce droit, dans la limite de trois ans »⁹⁴⁴. Cette possibilité est aussi prévue en droit anglais⁹⁴⁵. De surcroît, la première étape du processus coercitif reste toujours l'injonction et non la sanction, le but est donc de faire rentrer le contrevenant dans le droit chemin et non de sanctionner celui-ci.

Le constat d'une répression qui s'exerce de moins en moins dans le cadre d'un régime préventif doit néanmoins être nuancé, car l'exercice d'une activité dans les autres secteurs continue d'être soumis à la détention d'une autorisation, et ce, dans les deux pays⁹⁴⁶.

Il faut mentionner aussi l'évolution du pouvoir répressif dans le domaine de l'énergie, car la Commission de régulation de l'énergie, en se voyant confier une mission de surveillance des

⁹⁴¹ V. G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, Coll. Université, 8^e éd., 2009, p. 182.

⁹⁴² V. Conseil d'État, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Rec. 362 (D. 1951.589, concl. Gazier, note J.C.)

⁹⁴³ V. Conseil d'État, 13 mai 1927, Carrier, D. 1927.355.

⁹⁴⁴ V. article L36-11, 2^o, a) du code des postes et des communications électroniques.

⁹⁴⁵ V. article 100 du Communications Act de 2003.

⁹⁴⁶ V. en France dans le domaine postal, le très clair article L 5-3-2^a) qui établit même un régime différent puisque les opérateurs qui bénéficient d'une autorisation de l'article L.3 ne peuvent subir qu'une sanction de réduction, de suspension ou de retrait de celle-ci alors que le prestataire de service universel — ce qui est logique — encourt, lui, une sanction pécuniaire en cas de manquement. On retrouve la même logique dans le domaine ferroviaire où les entreprises doivent être autorisées à exploiter un service de transport, ce qui leur donne un droit d'accès au réseau qui peut être suspendu (v. article 17-I-1^o-a de la loi du 8 décembre 2009). V. aussi l'article 31-II de la loi du 3 janvier 2003 dans le domaine énergétique. De surcroît, dans tous les cas, ce pouvoir est exercé après une mise en demeure. Au Royaume-Uni dans le domaine gazier l'activité est soumise à autorisation, mais le pouvoir de révocation ou de suspension n'est pas le premier pouvoir prévu par la loi, c'est avant tout un pouvoir de sanction pécuniaire (v. article 30A du Gas Act de 1986). La même remarque vaut pour l'électricité (v. article 27A de l'Electricity Act de 1989). Mais dans tous les cas ce pouvoir est précédé d'une injonction. On retrouve la même structure dans le secteur de l'eau (article 20 du Water Act de 1989).

marchés de gros de l'énergie, sur le même modèle de ce qui se passe sur les marchés financiers⁹⁴⁷, dispose désormais d'un pouvoir qui est susceptible de frapper des personnes en dehors de tout lien juridique⁹⁴⁸. La différence est notable avec la situation anglaise, ce qui montre aussi la cohérence du régime anglais puisque la poursuite des infractions sur le marché de l'énergie relève aussi d'une infraction à l'autorisation administrative. En 2009, Ofgem a annoncé sa volonté d'introduire dans les autorisations une condition relative à la prohibition d'abus de marché et son action procède donc de ce fondement juridique⁹⁴⁹.

Renforcés, ces pouvoirs sont aussi diversifiés.

B — La diversification des pouvoirs coercitifs

On observe aussi une extension des types de pouvoirs dont les autorités de régulation peuvent être titulaires.

274. Le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires est d'abord attribué aux juridictions, ces mesures peuvent être prononcées à la demande de l'autorité. Ainsi le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut-il demander au président de la section du contentieux du Conseil d'État de prononcer des mesures conservatoires⁹⁵⁰. En 1996, ce pouvoir est attribué en propre à l'Autorité de régulation des télécommunications⁹⁵¹ et se retrouve désormais chez l'ensemble des autorités à l'étude⁹⁵². Les autorités sectorielles anglaises disposent aussi du pouvoir d'émettre des mesures provisoires en cas de risque imminent pour les intérêts dont elles ont la charge : en cas de risques pour la sécurité et la santé du public ou la sécurité nationale, de risques opérationnels ou économiques pour les fournisseurs de services de communication ou ceux qui utilisent ces mêmes services⁹⁵³.

275. On observe aussi, en pratique, le développement du pouvoir d'accepter des engagements et de les rendre obligatoires. On peut assister, dans certains cas, à l'émergence, sans fondement législatif, d'un pouvoir d'accepter des engagements sur le modèle de ce qui se pratique devant les autorités de concurrence. Ainsi le Conseil supérieur de l'audiovisuel a-t-il

⁹⁴⁷ Il existe toutefois une différence notable : « la surveillance de ces marchés ne peut se limiter à la détection des opérations ou transactions destinées à manipuler le prix. Elle suppose d'analyser le niveau absolu des prix de chaque produit au regard de la situation physique de l'équilibre offre-demande et de l'utilisation des actifs physiques des acteurs » (v. Rapport de surveillance sur le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité et du gaz en 2007, p. 1).

⁹⁴⁸ Cette compétence fut introduite par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (JORF n°284 du 8 décembre 2006 page 18531, texte n° 1). Elle est précisée l'article 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, dans sa rédaction issue de la loi précitée : la CRE « surveille, pour l'électricité et pour le gaz naturel, les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs, les transactions effectuées sur les marchés organisés ainsi que les échanges aux frontières. Elle s'assure de la cohérence des offres des fournisseurs, négociants et producteurs avec leurs contraintes économiques et techniques. ».

⁹⁴⁹ V. « UK's Ofgem wants more power to punish market abuse », 30 march 2009, London, (Reuters).

⁹⁵⁰ V. article 42-10 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication introduit en 1986 (J.O.R.F., p. 11758).

⁹⁵¹ V. article 6 de la loi du 26 juillet 1996 (qui introduit un article 36-8 au Code des postes et télécommunications).

⁹⁵² Dans le domaine de l'électricité v. l'article 38-I§3 de la loi du 10 février 2000 (ce pouvoir ne porte pas préjudice au pouvoir que détient le Ministre de prononcer les mêmes mesures pour protéger le réseau. v. l'article 16 de la loi du 8 décembre 2009 dans le domaine ferroviaire.

⁹⁵³ V. l'article 98 du Communications Act de 2003.

développé cette pratique. Comment la met-il en œuvre ? Dans une décision Tiji et Canal J⁹⁵⁴, le Conseil a clos la procédure de sanction « engagée le 7 juillet 2009 [...] pour méconnaissance de ses obligations de contribution au développement de la production d'œuvres audiovisuelles indépendantes au cours de l'exercice 2008 » en acceptant les engagements pris par la société en question. Le Conseil utilise ainsi le pouvoir discrétionnaire que la loi lui a attribué.

276. Comment le Conseil assure-t-il le respect de ces engagements ? Il nous a été précisé que « Les engagements supplémentaires sont transcrits dans un avenant à la convention que l'éditeur conclut avec le C.S.A. [...] : cet engagement supplémentaire devient une obligation conventionnelle »⁹⁵⁵. Devenu partie intégrante de la convention conclue entre le Conseil et la chaîne, celui-ci en assure le respect au même titre que les autres obligations contenues dans cette convention.

II — Le pouvoir de règlement des différends : un pouvoir qui prend son essor

La phase nationale de transposition manifeste une promotion des sources (A), qui distingue cette époque de la phase antérieure et surtout une évolution du champ de la fonction de règlement des différends avec une nette divergence entre la France et le Royaume-Uni (B).

A — La promotion des sources

277. En France, ce pouvoir prend son essor — confiné qu'il était au secteur du cinéma — avec la création de l'Autorité de régulation des télécommunications⁹⁵⁶ et il a été étendu par la suite au secteur postal⁹⁵⁷. Les secteurs de l'électricité⁹⁵⁸ d'abord, puis du gaz⁹⁵⁹ ensuite et enfin du chemin de fer⁹⁶⁰ connaissent aussi un tel mécanisme. Il est aussi étendu, hors du

⁹⁵⁴ V. Conseil supérieur de l'audiovisuel, Assemblée plénière, 3 février 2010.

⁹⁵⁵ V. Entretien avec E. Mauboussin, Directrice juridique du Conseil supérieur de l'audiovisuel, 9/5/2010.

⁹⁵⁶ V. La loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (JORF n°174 du 27 juillet 1996, pp 11384-11397), crée l'article L. 36-8 du Code des postes et des télécommunications (devenu Code des postes et des communications électroniques). V. J. Chevallier, « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », R.F.D.A., 1^{er} décembre 1997, n° 6, pp. 1115 -1128.

⁹⁵⁷ V. La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (JORF n°117 du 21 mai 2005, pp. 8825-8840), article 5 (codifié aux articles L. 5-4 et L. 5-5 de Code des postes et des communications électroniques). V. G. Calley, « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », R.F.D.A., 1^{er} janvier 2006, n° 1, pp. 96 -118 ; G. Nougaret, « Les fragiles équilibres de la loi relative à la régulation des activités postales », JCP A, 12 décembre 2005, n° 50, pp. 1833 -1840 ; F. Fages, S. Rodrigues, « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », AJDA, 10 octobre 2005, n° 34, pp. 1896 -1902 ; A. Taillefait, « L'ouverture des marchés postaux européens : lenteurs et résistances », Droit administratif, 1^{er} octobre 2005, n° 10, pp. 7-15 ; S. Braconnier, « La nouvelle régulation postale issue de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 », Revue Lamy de la Concurrence, 1^{er} juillet 2005, n° 4, pp. 97-102.

⁹⁵⁸ V. La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (JORF n°35 du 11 février 2000, pp. 2143-2159), article 38.

⁹⁵⁹ V. La loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (JORF du 4 janvier 2003, pp. 265-278), article 13.

⁹⁶⁰ V. article 16 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (J.O.R.F. n° 0285 du 9 décembre 2009, p. 21226). V. les commentaires suivants : P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », RFDA, 2010 p. 35-61 (spéc. le titre intitulé « Le traitement des

cadre européen, au secteur de la propriété intellectuelle avec la création de l'Autorité de régulation des mesures techniques.

278. De même au Royaume-Uni, la transposition des directives a amené une promotion normative du pouvoir de règlement des différends qui se trouve désormais consacré par le législateur⁹⁶¹. Jusqu'en 2011, le secteur postal faisait exception car la fonction de règlement des différends était contenue dans l'autorisation administrative de l'opérateur historique⁹⁶². Toutefois, la loi de 2011 sur les services postaux consacre le pouvoir de règlement des différends d'Ofcom dans ce domaine⁹⁶³. Aussi, la source de ce pouvoir, dans les deux pays, est-elle désormais presque uniquement de rang législatif.

Cette presque identité dans la valeur des sources de cette fonction ne doit néanmoins pas masquer une disparité très nette dans l'étendue, le champ de cette fonction.

B — Une disparité du champ de ces fonctions

On constate que, dans les droits internes étudiés, ce pouvoir couvre désormais l'ensemble des secteurs des services publics en réseau sauf, provisoirement, le secteur de l'aviation⁹⁶⁴.

279. Aujourd'hui, ce pouvoir n'est plus lié uniquement au droit de l'Union européenne, il est consubstantiel à l'ouverture d'un secteur à la concurrence. Le secteur postal constitue un exemple intéressant à cet égard. Les directives n'imposaient pas l'attribution d'un pouvoir de règlement des différends. La seule base légale européenne serait dans la directive du

litiges et la réformation des décisions : l'ARAF arbitre des différends et gardienne des équilibres du marché ferroviaire ») ; D. Broussolle, « De la surveillance de la SNCF à la protection de la RATP aux frais de la région Ile-de-France », AJDA 2010 p. 425 ; C. Salque, M. Kohler, « La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports ou l'accès équitable et non discriminatoire au marché ferroviaire national libéralisé », Revue de droit des transports n° 3, Mars 2010, étude 3 (v. spéc. 2B pour le rôle de l'A.R.A.F.) ; M. Bazex, « Vers la reconnaissance du "Droit public du marché" ? », Droit Administratif n° 2, Février 2010, comm. 32, pp. 31-36 ; R. Peylet, « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 », Revue Juridique de l'Économie Publique, février 2010, n°672, pp. 3 -9. Auparavant un décret avait mis en place un « mécanisme administratif de règlement des différends » par l'article 6 du décret n°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transport collectif d'intérêt régional (v. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc., p. 399).

⁹⁶¹ V. dans le domaine des communications électroniques le chapitre 3 du Communications Act 2003 (articles 185-191) : pour un commentaire v. J. Hulsmann, H. James, « Communications regulation - Armed for action: complaints to Ofcom under the UK's new regime », Competition Law Insight, November 2003, pp. 18-23. Dans le domaine énergétique le Utilities Act 2000 procède à la même promotion et amende les Electricity et Gas Act pour intégrer un pouvoir de règlement des différends (v. Electricity Act 1989, article 23 et Gas Act 1986, article 27A suiv.).

⁹⁶² V. dans le secteur postal, l'autorisation de Royal Mail. Il faut aussi excepter le secteur ferroviaire qui était pourvu d'une procédure similaire depuis la loi de 1993 (v. annexe 4 du Railways Act de 1993 intitulé, « Access agreements: applications for access contracts »).

⁹⁶³ V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, article 13.

⁹⁶⁴ Ni la Civil Aviation Authority ni la Direction général de l'aviation civile ne disposent de ce pouvoir. Au Royaume-Uni, l'article 41 du Airports Act 1986 permet à la C.A.A. de mener une enquête à la suite d'une plainte d'un utilisateur d'aéroport. Mais cette procédure se distingue nettement de la procédure de règlement des différends : il s'agit d'une procédure *ex post*, c'est-à-dire qu'elle ne porte pas sur le contrat, mais sur une conduite passée, elle ne porte que sur le droit de la concurrence, c'est-à-dire sur une pratique anticoncurrentielle et elle aboutira, le cas échéant, à imposer de nouvelles conditions à l'opérateur concerné. Le droit de l'U.E. avec la directive sur les redevances aéroportuaires impose désormais ce pouvoir.

20 février 2008⁹⁶⁵ qui modifie la directive de base du 15 décembre 1997. Le nouvel article 11 bis de la directive du 15 décembre 1997 introduit en effet une exigence d'accès, mais sans imposer une procédure particulière pour la résolution des litiges liés à l'accès. Or, les deux pays ont mis en place une procédure particulière. L'autorité anglaise en charge du secteur postal, la Commission des services postaux⁹⁶⁶, ne possédait pas un tel pouvoir en vertu de la loi de 2000, ce pouvoir était contenu dans l'autorisation de Royal Mail⁹⁶⁷. Toutefois, le transfert de ses fonctions à Ofcom par une loi de 2011 consacre ce pouvoir dans la loi⁹⁶⁸. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose, elle aussi, d'un tel pouvoir en vertu de la loi depuis la réforme de 2005⁹⁶⁹.

280. On voit donc que cette fonction est consubstantielle à l'ouverture à la concurrence du secteur. Les articles en question se trouvent dans le projet de loi soumis par le gouvernement au Sénat⁹⁷⁰ et n'ont subi que des modifications qui en augmentent la portée et protègent le service universel⁹⁷¹. Les travaux parlementaires ne soulèvent pas la question de l'absence, en droit de l'Union européenne, de conditions imposant une telle procédure. Cette procédure semble désormais normale quand le législateur décide d'ouvrir un secteur à la concurrence.

281. On doit toutefois remarquer une spécificité française : le cadre de la fonction de règlement des différends a largement dépassé celui des grands services publics en réseau et du cinéma, et couvre ainsi de plus larges domaines qu'au Royaume-Uni. Le règlement des différends a été étendu en France dans deux secteurs : l'audiovisuel et les droits d'auteur (1) ; alors qu'il est confiné au Royaume-Uni au domaine des réseaux (2).

1 — Le règlement des différends en France dans les domaines de l'audiovisuel et des droits d'auteur

Le règlement des différends va connaître un essor dans le domaine audiovisuel (a) et dans celui des droits d'auteurs (b).

⁹⁶⁵ V. nouvel article 11 bis de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 introduit par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E. du 27.2.2008, L 52, pp. 3-20).

⁹⁶⁶ Ou Postal Services Commission (ou Postcomm) créé par le Postal Services Act de 2000 (chap. 26).

⁹⁶⁷ V. la condition n°9 de la partie 1 de l'autorisation de Royal Mail (ou « Part 1 of Condition 9 of Royal Mail's licence »).

⁹⁶⁸ V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, article 13.

⁹⁶⁹ V. les articles L. 5-4 et L. 5-5 du Code des postes et des communications électroniques introduit par la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (JORF n°117 du 21 mai 2005, p. 8825).

⁹⁷⁰ V. Projet de loi relatif à la régulation des activités postales, Texte n° 410 (2002-2003) de M. Francis Mer, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, déposé au Sénat le 16 juillet 2003.

⁹⁷¹ L'article L5-4 n'a subi qu'une modification rédactionnelle (« lorsque » est substitué à « dans la mesure ») et l'article L5-5 en revanche a subi deux modifications : d'une part, une modification relative à la nature des conventions d'accès qui peuvent faire l'objet d'un règlement des différends (le texte définitif mentionne les « convention relative à l'accès aux moyens indispensables » là où le projet de loi parlait de « convention relative à l'accès aux installations et informations », ce qui est nettement plus large) ; d'autre part, une modification qui introduit un second paragraphe à l'article L5-5 visant à protéger le service public, le caractère transparent et non discriminatoire des conditions fixées lors de l'exercice par l'Autorité de son pouvoir de règlement des différends et ajoute qu'elle doit exercer son office dans un délai de quatre mois et de manière contradictoire.

282. L'attribution d'une fonction de règlement des différends au Conseil supérieur de l'audiovisuel a connu une histoire mouvementée. Il a d'abord été introduit subrepticement au cours de la procédure parlementaire par un amendement gouvernemental, déposé lors de la deuxième lecture à l'Assemblée nationale de la loi du 1^{er} août 2000⁹⁷². Discrètement introduit, ce nouveau pouvoir ne reçut pas d'application. Il a ensuite été réintroduit par la loi du 9 juillet 2004⁹⁷³. Comment peut-on expliquer l'attribution d'un tel pouvoir⁹⁷⁴ ?

283. À l'origine de cette nouvelle fonction se trouve l'introduction, en France, de la Télévision numérique terrestre. Comme l'exprime Catherine Tasca, défendant son amendement : « Il faut souligner la nouveauté des dispositions prévues dans cet amendement. Le développement de la télévision numérique de terre implique une procédure de règlement des litiges d'ordre technique et commercial qui peuvent survenir entre éditeurs de services ou avec les opérateurs d'un multiplexe. L'amendement organise cette procédure en la confiant au C.S.A., qui attribue l'usage de la ressource radioélectrique »⁹⁷⁵. Il apparaît que cet amendement est issu d'un lobbying intensif de l'Association des Chaînes du Câble et du Satellite (A.C.C.e.S.), inquiet de pouvoir accéder aux réseaux des diffuseurs. Ainsi, pour Sylvie Clément-Cuzin, « Ce nouveau pouvoir du C.S.A. était voulu par une partie des professionnels du secteur, en l'occurrence les chaînes du câble et du satellite, qui se voient souvent imposer des conditions de reprise difficiles par les distributeurs »⁹⁷⁶. David Kessler ajoute que « le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui-même s'inquiétait de n'avoir aucune capacité d'intervention dans ce domaine alors qu'il était souvent saisi »⁹⁷⁷. L'Autorité de régulation des télécommunications et la Commission de régulation de l'énergie ont servi de modèle⁹⁷⁸. Ce pouvoir, introduit pour faire face au problème juridique que l'introduction de la télévision numérique terrestre ne manquerait pas de susciter, n'a pas été utilisé en raison de la

⁹⁷² V. l'article 50 de la loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (J.O.R.F. n°177 du 2 août 2000, p. 11903) et créant l'article 30-5, I et II de la loi du 30 septembre 1986. L'amendement qui insère cet article est l'amendement 34 introduit en deuxième lecture à l'Assemblée nationale lors de la séance du 23 mars 2000.

⁹⁷³ V. article 17-1 de la loi Létard du 30 septembre 1986 créé par l'article 35 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F. n°159 du 10 juillet 2004, p. 12483). V. le décret d'application : Décret n° 2006-1084 du 29 août 2006 pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (JORF n°200 du 30 août 2006 page 12860, texte n° 36) : V. le comm. de L. Richer, Recueil Dalloz 2006 p. 1697). V. L. Rapp, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », Recueil Dalloz 2004 p. 2047 (spéc. le titre : « Les nouveaux pouvoirs des organes de régulation » qui décrit ce nouveau pouvoir) ; G. Weigel, « La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », RLDI 2006/20, n° 628 ; C. Grynfolgel, « Le CSA, le règlement des différends et la libre concurrence - De l'application extensive d'une compétence limitée dans la décision du 8 juillet 2008 », JCP E n° 47, 20 Novembre 2008, 2394.

⁹⁷⁴ On trouve néanmoins une référence à l'obligation de mettre en place un « médiateur » à l'article 11 §1 de la directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (J.O.C.E., L 248 du 6 octobre 1993, pp. 15-21). Le mécanisme décrit ne ressemble pas au mécanisme mis en place en France.

⁹⁷⁵ V. Séance du 23 mars 2000 à l'Assemblée nationale.

⁹⁷⁶ Entretien avec Sylvie Clément-Cuzin, Directrice juridique du Conseil supérieur de l'audiovisuel, lundi 18 février 2008.

⁹⁷⁷ Entretien avec David Kessler, qui était en charge de ce dossier au cabinet de C. Tasca à l'époque, lundi 28 avril 2008.

⁹⁷⁸ Ce point est confirmé dans les entretiens avec D. Kessler et S. Clément-Cuzin.

mise en place tardive de cette nouvelle technologie, qui n'a été effective qu'à partir de 2005⁹⁷⁹.

284. La réflexion a été relancée par le rapport de Jérôme Gallot sur la Télévision numérique terrestre⁹⁸⁰. Ce rapport met en garde contre certains risques liés à la maîtrise des réseaux par les sociétés privées. Il en appelle ainsi à la responsabilité des opérateurs pour « mettre en vente des formules qui garantissent la viabilité des éditeurs et des distributeurs tout en respectant la liberté du téléspectateur, pour assurer le succès de la T.N.T. à long terme »⁹⁸¹. Les éditeurs ont à l'occasion de ce rapport exprimé « la crainte [...] dans le cas d'une diffusion parallèle de leurs programmes sur les trois modes de diffusion, concernant la baisse de leur rémunération, déjà observée sur le câble et le satellite et qui résulterait d'un rapport de forces déséquilibré entre les éditeurs et les distributeurs commerciaux. Ils estiment que les nouveaux abonnés sur la T.N.T. ne compenseront pas suffisamment la diminution de ces recettes »⁹⁸². L'inégalité de pouvoir est donc à l'origine de la fonction de règlement des différends. Les préconisations du rapport Gallot ne vont pas toutefois jusque-là. Le rapport se contente de conclure à la légitimité d'imposer des « conditions de rémunération transparentes et différenciées sur la base de critères objectifs » tout en refusant « d'instaurer un mécanisme d'encadrement des rémunérations dont la fixation relève des négociations contractuelles »⁹⁸³. On voit bien qu'entre ces deux extrêmes s'inscrit précisément la fonction de règlement des différends, qui sauvegarde la primauté des relations commerciales tout en permettant d'imposer, le cas échéant et au cas par cas, un encadrement de la rémunération qui peut être calculé sur la base d'autres critères que l'audience. La seule recommandation concrète du rapport Gallot est l'introduction de codes de bonne conduite dans les « accords contractuels entre les éditeurs et le distributeur [...], règles que le C.S.A. serait ensuite chargé de faire respecter conformément à l'article 30-5 de la loi du 30 septembre 1986 »⁹⁸⁴. On retrouve ainsi le même cheminement que dans le secteur du cinéma où la proposition d'introduire un code de bonne conduite aboutit, *in fine*, à l'octroi d'un pouvoir d'injonction à l'autorité administrative.

285. Ce pouvoir connaît une nouvelle actualité en 2004. La réforme du pouvoir de règlement des différends par la Loi 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle exprime la volonté d'inscrire les relations commerciales entre éditeurs et distributeurs⁹⁸⁵ dans un cadre équitable⁹⁸⁶ et comble

⁹⁷⁹ Entretien avec de Sylvie Clément-Cuzin, Directrice juridique du Conseil supérieur de l'audiovisuel, lundi 18 février 2008.

⁹⁸⁰ V. La télévision numérique terrestre : Enjeux et modalités de mise en œuvre au regard des règles de concurrence, notamment au travers de la question de la distribution, Rapport sur la mission confiée par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie à M. Jérôme Gallot, Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, février 2002.

⁹⁸¹ V. Rapport Gallot préc., p. 8.

⁹⁸² V. Rapport Gallot préc., p. 8.

⁹⁸³ V. Rapport Gallot préc., p. 10.

⁹⁸⁴ V. Rapport Gallot préc., p. 14.

⁹⁸⁵ La loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication définit ainsi le distributeur : « toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs. » (article 2-1 modifié par loi n°2004-669 du 9 juillet 2004).

opportunément un « vide juridique »⁹⁸⁷. Ce pouvoir fut attribué au Conseil supérieur de l'audiovisuel pour plusieurs raisons. L'Association des Chaînes du Câble et du Satellite a envisagé le recours au Conseil de la concurrence, mais l'a écarté, car : « En cas de litige entre éditeurs et distributeurs, le recours au Conseil de la concurrence, sauf procédures d'urgence, apparaît comme insuffisant dans le secteur de l'audiovisuel : la durée des délais de saisie, d'instruction des dossiers et des jugements du Conseil de la concurrence ne lui permet pas d'intervenir efficacement alors que la composition des plans de services des distributeurs peut se modifier très rapidement. De plus, sa saisie ne peut intervenir qu'*a posteriori*, alors que les litiges survenant entre éditeurs et distributeurs peuvent, à très court terme, mettre en péril l'existence de l'éditeur »⁹⁸⁸. La spécialisation et l'expertise du Conseil supérieur de l'audiovisuel ont justifié le recours à cette instance.

286. La question se pose à présent de savoir si Ofcom disposerait des mêmes pouvoirs, en matière audiovisuelle. Selon toutes les apparences, la loi sur la communication de 2003 exclut le recours à Ofcom pour remédier à un problème similaire. Le champ de compétence du Conseil pour résoudre un différend, tel qu'il est fixé par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, pose deux critères de compétences : un critère personnel délimitant les personnes habilitées à saisir le Conseil (« un éditeur ou par un distributeur de services, par une des personnes mentionnées à l'article 95⁹⁸⁹ ou par un prestataire auquel ces personnes recourent »), et un critère matériel qui qualifie l'objet du litige⁹⁹⁰. Les parties au litige doivent être des fournisseurs de service de communication⁹⁹¹ qui sont définis justement soit comme des fournisseurs de réseau soit comme des fournisseurs de services, pourvu que, dans ce dernier cas ils ne soient pas des fournisseurs de contenu⁹⁹². Or, justement, l'intérêt du pouvoir de résolution des différends que détient le Conseil supérieur de l'audiovisuel réside dans la possibilité pour un éditeur de contenu de le saisir. En conséquence, les litiges de ce type devront être résolus par l'utilisation du droit de la concurrence comme l'illustre un cas

⁹⁸⁶ V. Association des Chaînes du Câble et du Satellite (A.C.C.e.S.), « Règlement des litiges entre et distributeurs de services », document interne, 10 avril 2003, p. 2. Ce document nous a été fourni par Guillaume Gronier, Délégué général A.C.C.e.S..

⁹⁸⁷ V. L. Rapp, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », A.J.D.A. 2004 p. 2047

⁹⁸⁸ V. Association des Chaînes du Câble et du Satellite (A.C.C.e.S.), Projet de loi relatif aux communications électroniques - Position de l'A.C.C.e.S., document interne, 29 avril 2003, p. 3. Ce document nous a été fourni par Guillaume Gronier, Délégué général de l'A.C.C.e.S..

⁹⁸⁹ Cet article désigne les « exploitants de système d'accès sous condition », lesquels sont définis par la loi comme ceux qui exploitent « tout dispositif technique permettant, quel que soit le mode de transmission utilisé, de restreindre l'accès à tout ou partie d'un ou plusieurs services de télévision ou de radio transmis par voie de signaux numériques au seul public autorisé à les recevoir ».

⁹⁹⁰ Ce critère est très mal rédigé dans la loi. La loi définit d'abord l'objet du litige, il doit s'agir d'un « différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision ». Ensuite, la loi circonscrit davantage cet objet car tout différend de distribution ne peut déclencher la compétence contentieuse du Conseil. En plus de porter sur un différend relatif à la distribution, ce litige doit remplir un autre critère parmi deux critères que pose la loi : soit l'objet du différend porte une atteinte à six intérêts que la loi détaille de manière restrictive, soit ce différend de distribution a pour objet les conditions économiques de la mise à disposition au public d'une offre de programme, soit enfin ce différend touche aux relations contractuelles entre éditeurs et distributeurs. En résumé, le différend de distribution en cause est constitué de deux manières : soit il fait courir un risque aux objectifs généraux de l'audiovisuel, soit son objet relève des relations contractuelles au niveau de la distribution. V. J.-J. Biolay, Droit de la concurrence en matière audiovisuelle, JCI Communication, Fasc. 4300, n°146.

⁹⁹¹ V. article 185(1)(a) du Communications Act de 2003.

⁹⁹² V. article 32(2) du Communications Act 2003 (« In this Act "electronic communications service" means a service consisting in, or having as its principal feature, the conveyance by means of an electronic communications network of signals, except in so far as it is a content service »).

récent dans la télévision payante⁹⁹³, sans pouvoir aller aussi loin que le Conseil dans la défense des programmes de qualité.

L'autre secteur à connaître l'attribution d'un pouvoir de règlement des différends est celui des droits d'auteur.

b — Le règlement des différends dans le domaine des droits d'auteur

C'est une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection⁹⁹⁴, qui assurera cette mission. La physionomie de cette instance s'est dégagée progressivement au cours des discussions parlementaires. Au départ collège des médiateurs⁹⁹⁵, elle est devenue Autorité de médiation et de protection de la propriété littéraire et artistique⁹⁹⁶.

287. Cette fonction de règlement des différends a été conférée à cette autorité afin de concilier plusieurs objectifs que le législateur a dégagés : d'une part « l'exception au droit de reproduction pour l'usage privé du copiste, [...] et le développement de mesures techniques de protection »⁹⁹⁷ et, d'autre part, « la tentative de conciliation des mesures techniques de protection [...], avec l'objectif exprimé par la loi du 1^{er} août 2006 d'une interopérabilité des systèmes et des services existants »⁹⁹⁸. Ce pouvoir est conçu comme un moyen de « garantir l'exception pour copie privée »⁹⁹⁹. Cette exception, « a été conçue comme un espace de liberté accordé à l'utilisateur d'une œuvre de l'esprit, et posée comme une limite au pouvoir d'interdire du titulaire des droits. L'usage qui en a été fait, estiment certains auteurs, est longtemps resté discret, et n'a donné lieu qu'à peu de contentieux parce que cette dérogation au monopole supposait une mise en œuvre laborieuse, voire fastidieuse, et restait sans conséquence économique dommageable pour l'auteur »¹⁰⁰⁰. Face au développement des procédés de numérisation et à l'essor de la société en réseau l'exception pour copie privée est venue menacer le droit d'auteur, car la numérisation, comme l'expliquent Philippe Chantepie et Alain Bensoussan, va modifier le modèle économique de ces biens : « L'hyper-reproductibilité permise par le numérique tend à faire disparaître la propriété de non-rivalité

⁹⁹³ V. par ex. cette décision par laquelle Ofcom utilise ses pouvoirs issus du droit de la concurrence pour forcer un opérateur à diffuser certaines chaînes (V. Investigation into complaint by TUTV against Sky in relation to the contract for wholesale supply of Sky Sports 1 and 2).

⁹⁹⁴ V. Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information dite « DADSVI » (J.O.R.F., n° 178, du 3 août 2006, p. 11529). V. L. Rapp, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », RLDI, 2007, n°23 janvier 2007 ; F. Siirainen, « L'Autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », RLDI 2007/25, suppl., n° 839 ; Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, 2009, n°3385 ; H. Bitan, « Mesures techniques de protection, consommateur et Haute autorité », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, octobre 2007, n°31.

⁹⁹⁵ V. article 9 du projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n°1206.

⁹⁹⁶ Ce nouveau nom a été introduit en première lecture à l'Assemblée nationale par l'amendement n°225 et s'appelait l'Autorité de médiation et de protection de la propriété littéraire et artistique.

⁹⁹⁷ V. L. Rapp, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », préc..

⁹⁹⁸ V. L. Rapp, « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », préc.. V. les propos de P. Bloche qui confirment ce point dans les débats (J.O.R.F., Débats, 2^e séance du 7 mars 2006, p.1581).

⁹⁹⁹ V. M. le ministre de la Culture et de la Communication, Assemblée Nationale, Débats, Compte rendu intégral, Première séance du mercredi 21 décembre 2005 (J.O.R.F., Débats, p. 8604).

¹⁰⁰⁰ V. Jacques Larrieu, Christian Le Stanc, Pascale Tréfigny, « Droit du numérique septembre 2007 - juin 2009 », Recueil Dalloz 2009 p. 1992.

des œuvres numérisées en raison du développement de la faculté de les reproduire à coût marginal quasi nul » et modifie en conséquence la propriété d'excluabilité de ces biens¹⁰⁰¹. Le développement des mesures techniques de protection vise ainsi à protéger ce droit en réintégrant, par des mesures techniques, la possibilité d'exclure les personnes qui ne participent pas au financement de l'œuvre¹⁰⁰². Toutefois, comme l'affirme F. Sardain, « ces mesures de protection peuvent aboutir à supprimer toute possibilité de copie privée pour le public, voire à altérer le fonctionnement de certains supports, sur lesquels sont enregistrées les œuvres, acquis par les consommateurs »¹⁰⁰³.

288. Il est possible de démontrer, grâce à cette autorité, comment la fonction de règlement des différends vient créer une voie de droit fermée en droit privé. L'affaire Mulholland Drive permet de comprendre l'intérêt de cette nouvelle fonction. Dans cette affaire un consommateur contestait devant le juge, au nom du droit de copie privée, l'apposition de mesures techniques de protection sur un DVD qu'il avait acquis et qu'il souhaitait reproduire pour son usage personnel. Il n'est d'ailleurs pas contesté dans cette affaire que les conditions de l'exception pour copie privée étaient ici réunies. Il s'agit donc de concilier l'exception de copie privée avec les mesures de protection des droits de propriété intellectuelle. Après de nombreuses péripéties judiciaires,¹⁰⁰⁴ la Cour de cassation est venue trancher le débat,

¹⁰⁰¹ V. P. Chantepie, A. Bensoussan, « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », *Revue Lamy de la concurrence*, avril 2007, n°11. La notion de rivalité signifie que la consommation du bien par une personne va diminuer celle des autres tandis que celle d'excluabilité désigne la possibilité juridique d'exclure un consommateur qui ne participerait pas au financement de ce bien (elle « résulte de la possibilité ou non d'application d'un régime juridique spécifique (au sens le plus large, le droit de propriété), d'une norme ou convention sociale ou encore de la mise en œuvre d'une technologie permettant d'exclure de la consommation d'un bien les agents qui ne participent pas à son financement »).

¹⁰⁰² P. Chantepie et A. Bensoussan expliquent la logique mise en place depuis les années 1980 et qui mène à la situation présente : « l'évolution du droit de la propriété littéraire et artistique au plan mondial est portée par un modèle intellectuel principal censé pouvoir, sinon se substituer, du moins prolonger dans le numérique le modèle classique d'édition et de vente à l'exemplaire (...) ». Dans ce cadre, « les mesures techniques de protection, les systèmes numériques de gestion des droits – du code et du logiciel, donc – doivent être au cœur de l'économie de la propriété littéraire et artistique. Le destin de celle-ci s'est donc confié au logiciel pour se refonder sur une économie d'accès et de plates-formes » (article préc.). Sur les techniques mises en œuvre v. notamm. C. Bernault, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, avril 2006, n°15.

¹⁰⁰³ V. F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », *Communication Commerce électronique* n° 5, Mai 2004, Étude 12.

¹⁰⁰⁴ V. la décision de première instance : TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avr. 2004, Perquin et UFC Que choisir c. SA Films Alain Sarde, SA Sté Universal pictures vidéo France et al. (et les commentaires suiv. : *Communication Commerce électronique* n° 7, Juillet 2004, comm. 85, comm. C. Caron ; *Légipresse* 2004, n° 214, III, p. 148, note M. Vivant et G. Vercken ; *JCP G* 2004, II, 10135, note Ch. Geiger ; *Propr. intell.* 2004, n° 12, p. 834, obs. M. Vivant ; *RTD com.* 2004, p. 486, obs. F. Pollaud-Dulian) ; la décision de la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 4e ch. B, 22 avr. 2005, Perquin et UFC Que choisir ? c/ Sté Universal pictures et Synd. éd. vidéo et al. (et les comm. suiv. : *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2005, comm. 98, comm. C. Caron ; *Légipresse* 2005, n° 227, III, p. 233, note M. Vivant et G. Vercken ; *Propr. intell.* 2005, n° 16, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; *JCP G* 2005, II, 10126, note Ch. Geiger ; *D.* 2005, p. 1573, note C. Castets-Renard) ; l'arrêt de cassation Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002, Studio Canal et Sté Universal pictures et al. c. UFC Que choisir ? et Perquin (et les comm. suiv. : *Communication Commerce électronique* n° 4, Avril 2006, comm. 56, comm. C. Caron ; *JCP G* 2006, II, 10084, note A. Lucas ; *Légipresse* 2006, n° 231, III, p. 71, note V.-L. Bénabou ; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 179, note A. Lucas ; *JCP E* 2006, 2178, n° 11, obs. H.-J. Lucas ; *Propr. industr.* 2006, comm. 61, note J. Schmidt-Szalewski ; *RTD com.* 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian) ; sur renvoi l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui prononça l'irrecevabilité de la requête : CA Paris, 4e ch., sect. A, 4 avr. 2007 (et les comm. suiv. : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 68, et la note ; *Propr. intell.* 2007, n° 24, p. 320,

confirmant ainsi l'arrêt des juges du fond, en affirmant que « la copie privée ne constitue pas un droit, mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur »¹⁰⁰⁵. La conséquence de cette qualification est de taille puisqu'elle prive le requérant d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » et donc d'une voie de droit selon l'adage « pas d'intérêt, pas d'action »¹⁰⁰⁶. Comme le dit F. Pollaud-Dulian « le copiste peut se prévaloir de l'exception pour se défendre à une action en contrefaçon, mais n'a pas lui-même d'action pour imposer au titulaire de droits qu'il permette ou facilite la copie »¹⁰⁰⁷. L'exception de copie privée est donc un moyen de défense, mais pas un droit.

289. On voit donc que les requérants, privés de voies de droit pour faire valoir leur exception pour copie privée, se voient proposés d'une solution juridique efficace avec la fonction de règlement des différends. Il ne s'agit pas de dire que le mécanisme a été mis en place pour cela, car le mécanisme législatif précède l'arrêt de la Cour de cassation. En revanche, il est possible de dire que cette épopée judiciaire a certainement fait prendre conscience de la difficulté de concilier l'exception pour copie privée et la protection du droit d'auteur devant les tribunaux. L'Autorité de régulation des mesures techniques ne s'y est pas trompée puisqu'elle interprète l'arrêt de la Cour de cassation comme dégageant « la voie pour une responsabilité spécifique de l'ARMT, seule compétente pour connaître de la contestation des mesures techniques affectant le bénéfice d'une exception »¹⁰⁰⁸.

290. Les pouvoirs de l'Autorité ressemblent, dans leur rédaction, à ceux du Médiateur du cinéma¹⁰⁰⁹, avec une procédure en deux étapes, la décision contraignante d'injonction n'intervenant qu'en cas d'échec de la conciliation. Les pouvoirs de cette autorité ont été conservés et transférés à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (H.A.D.O.P.I.)¹⁰¹⁰. La directive européenne que transpose la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information était très peu précise sur le mécanisme à mettre en place pour concilier les droits des différentes parties prenantes¹⁰¹¹ et il est intéressant de constater que le choix du législateur français s'est porté

note A. Lucas ; RLDI 2007/29, n° 940, note N. Craipeau ; D. 2007, p. 1993, obs. Ch. Le Stanc ; RTD com. 2007, p. 357, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2007, n° 213, p. 379 et p. 235, obs. P. Sirinelli).

¹⁰⁰⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, n° 07-14.277, Assoc. UFC Que Choisir c/ Sté Universal Pictures Video France.

¹⁰⁰⁶ Sur cet adage v. Voir L. Cadiet, E. Jeuland, Droit privé judiciaire, Litec, 5e éd., 2006, n° 313 et s., p. 195 et s ; S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, Procédure civile, 1^{er} éd., Dalloz, Coll. HyperCours, 2009, n° 18 suiv..

¹⁰⁰⁷ V. F. Pollaud-Dulian, « Copie privée. Nature juridique. Rémunération pour copie privée. Concurrence. Devoir d'information », RTD Com. 2009 p. 131.

¹⁰⁰⁸ Autorité de régulation des mesures techniques, Rapport annuel pour l'année 2008, p. 3. Elle ajoute définitivement : « la contestation des mesures techniques affectant le bénéfice d'une exception relève sans ambiguïté de la compétence de l'ARMT » (p. 28).

¹⁰⁰⁹ V. sur ce point l'avis de E. Larère, C. Broto, « Le projet de loi relatif au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information et autres mécanismes de lutte contre la piraterie des films sur Internet », Gazette du Palais, 10 mai 2005 n° 130, p. 33. Les débats parlementaires font aussi état d'une comparaison avec les pouvoirs du C.S.A. (v. M. le ministre de la culture et de la communication et aussi P. Bloche, Assemblée nationale, 1^{re} séance du 15 mars 2006).

¹⁰¹⁰ V. article L331-12 du code de la propriété intellectuelle, spéc. l'article L331-32 créé par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (J.O.R.F., n° 135, du 13 juin 2009, p. 9666).

¹⁰¹¹ V. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (J.O.C.E. n° L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19), spéc. l'article 6.4, alinéa 1^{er} (v. le comm. de A. Bensamoun, « La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ? », RLDI, 2009, n° 49, suppl. mai 2009, spéc. n° 16). Cet article impose juste aux États

sur un mécanisme de règlement des différends tel qu'il est mis en œuvre devant les autres autorités de régulation. Ce mécanisme n'a pas eu pour l'instant de succès ce qui pourrait s'expliquer, pour l'autorité en question, par le fait que l'industrie musicale a décidé de renoncer à la protection technique des fichiers musicaux ainsi que par la complexité de la procédure prévue par le législateur et, surtout, les risques financiers qui peuvent peser sur le demandeur dont la demande est rejetée¹⁰¹².

291. Au niveau européen, la France est le seul pays à avoir mis en œuvre un tel mécanisme pour transposer la directive. Les autres pays européens qui ont mis en place un mécanisme de conciliation ont soit mis en place des mécanismes d'arbitrage (en Finlande, au Danemark, en Estonie, en Grèce et en Hongrie) soit ont laissé ce rôle aux tribunaux (en Belgique, en Allemagne, en Espagne, en Irlande)¹⁰¹³.

En France, le pouvoir de règlement des différends concerne donc les secteurs du cinéma, des communications électroniques, des postes, de l'énergie, de l'audiovisuel, des droits d'auteur ainsi que des chemins de fer avec la création de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires¹⁰¹⁴. En regard, le Royaume-Uni connaît une telle fonction dans un domaine supplémentaire, celui de l'eau.

2 — *Le règlement des différends dans le domaine de l'eau au Royaume-Uni*

292. Un secteur spécifique dans lequel une fonction de règlement des différends a été introduite est le secteur de l'eau au Royaume-Uni. La réforme du secteur fut motivée par le manque chronique de moyens dont souffrait cette industrie en raison de la politique gouvernementale¹⁰¹⁵. Ce secteur a été réformé en 1989 par la loi sur l'eau¹⁰¹⁶ qui crée par la même occasion une autorité de régulation, un nouveau Directeur général responsable du secteur¹⁰¹⁷. Ce secteur se distingue des autres, car il est évidemment difficile de promouvoir la concurrence par l'entrée de nouveaux acteurs même si cette possibilité a un temps été envisagée¹⁰¹⁸. La réforme a donc essentiellement consisté en la privatisation des entreprises d'eau. Le modèle choisi pour contrôler ces compagnies fut celui dit de « *yardstick competition* », nouvelle illustration d'une réforme de la police dans le sens d'une imitation

membres de prendre « des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (...) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question ». Contrairement aux autres secteurs, le droit européen n'impose pas ici de procédure administrative de règlement des différends. En tout état de cause, les autorités françaises ont considéré que seul ce mécanisme pouvait permettre une telle conciliation.

¹⁰¹² V. Autorité de régulation des mesures techniques, Rapport annuel préc., p. 34.

¹⁰¹³ V. Commission des Communautés européennes, Document de travail, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Bruxelles, 30 novembre 2007, SEC(2007) 1556, p. 9.

¹⁰¹⁴ La fonction n'a pas, à notre connaissance été encore transposée dans le domaine aéroportuaire.

¹⁰¹⁵ V. C. D. Foster, Privatization, public ownership, and the regulation of natural monopoly, préc., p. 133 suiv. ; v. aussi T. Prosser, Law and the regulators, préc., p. 117 suiv..

¹⁰¹⁶ V. Water Act 1989 (chap. 15).

¹⁰¹⁷ Il s'agit du Director General of Water Services (article 5 de la loi).

¹⁰¹⁸ V. C. D. Foster, Privatization, public ownership, and the regulation of natural monopoly, préc., p. 141, note 115. Le Competition and Service (Utilities) Act de 1992 a ainsi essayé d'introduire davantage de concurrence en permettant à certaines compagnies de fournir de l'eau à de grands consommateurs à l'extérieur de leur zone de compétence.

des processus de marché. L'autorité administrative reste en effet chargée d'un rôle de police des prix, mais ce prix est fixé au niveau de la compagnie la plus efficace (on retrouve là encore l'exigence qui incombe désormais à la police des prix de reproduire l'effet du marché). La concurrence s'exerce donc de cette manière et le contrôle sur les entreprises est aussi assuré grâce aux marchés financiers. La privatisation du secteur de l'eau au Royaume-Uni met en lumière le rôle que les marchés de capitaux vont être amenés à jouer dans le contrôle des entreprises bénéficiant d'un monopole naturel. Les actionnaires seront censés jouer un rôle de discipline de ces entreprises en les forçant à être efficaces. Comme le met en évidence le rapport Littlechild : « l'efficacité de la réglementation sera accrue par le renforcement, plutôt que par le découragement, des forces de la concurrence sur les marchés financiers. Les états-majors des entreprises d'eau privées qui s'engagent dans une stratégie visant à construire un empire, ou qui échoueraient à exercer leur activité de manière efficace dans d'autres aspects seront sujets à la pression des actionnaires et deviendront vulnérables à des rachats »¹⁰¹⁹.

293. Le pouvoir de trancher les différends liés à l'accès et à l'interconnexion n'a toutefois été conféré au Directeur général qu'en 2003 par une modification de la loi de 1991¹⁰²⁰. Dès lors, jusqu'en 2003, le secteur de l'eau est un exemple de secteur où seul le droit de la concurrence permettait à l'autorité administrative de forcer l'opérateur de réseau à accorder un accès à celui-ci. C'est la raison pour laquelle l'Office of Fair Trading et l'Office of Water Services (Ofwat), conjointement, annoncèrent la manière dont le droit de la concurrence s'appliquerait dans le secteur de l'eau pour permettre de sanctionner les règles relatives à l'accès¹⁰²¹.

294. La réforme de 2003 s'inscrit dans le cadre de la refonte de la législation sur les services publics en réseau initiée par le gouvernement travailliste en 1998. Lors des élections ce parti avait en effet déclaré : « Dans les services publics en réseau nous soutiendrons la concurrence à chaque fois que cela est possible. Là où la concurrence n'est pas une discipline efficace, nous mettrons en place une régulation dure et efficace dans l'intérêt des consommateurs... Nous reconnaissons la demande pour une régulation ouverte et prévisible, équitable à la fois pour les consommateurs et les actionnaires et qui, tout à la fois, incite les cadres à innover et améliorer l'efficacité »¹⁰²². Le gouvernement a annoncé en 1998¹⁰²³ sa volonté de relancer la

¹⁰¹⁹ V. traduction de : « the effectiveness of regulation will be enhanced by harnessing, rather than discouraging, the forces of competition in the capital market. The top management of a private water authority which engages in "empire-building", or which fails to perform adequately in other respects, will be subject to pressure from shareholders, and will become vulnerable to takeover », in S. Littlechild, *Economic regulation of privatized water authorities*, Department of the Environment, London, 1986, para. 1.7.

¹⁰²⁰ V. Le pouvoir de règlement des différends est contenu dans le Water Industry Act 1991 (chap. 56), article 66D(2)(b), mais a été introduit par le Water Act 2003 (chap. 37), Annexe 4, para.3, nouvel article 66(D)(1). Le Directeur général disposait néanmoins d'un rôle de résolution des différends depuis 1991 dans les litiges entre les entreprises et les consommateurs pour la connexion de leur résidence aux conduits d'eau.

¹⁰²¹ V. « Competition Act 1998: application to the water and sewerage sectors » cité par D. Aitman, « Competition law constraints on access charges in the England and Wales water industry », *Utilities Policy*, vol. 10, 2001, pp. 129–136, spéc. p. 131.

¹⁰²² V. le programme électoral du Parti travailliste pour les élections de 1997, traduction de : « In the utility industries we will promote competition wherever possible. Where competition is not an effective discipline, (...) we will pursue tough, efficient regulation in the interests of customers (...) We recognise the need for open and predictable regulation which is fair both to consumers and to shareholders and at the same time provides incentives for managers to innovate and improve efficiency »

¹⁰²³ V. Department of Trade and Industry, *A fair deal for consumers: modernising the framework for utility regulation*, 1997/98, Cm 3898. En avril 2000, le Gouvernement publia une consultation intitulée « Competition

concurrence dans le secteur des réseaux en harmonisant les pouvoirs des autorités de régulation et renouvelant le modèle des autorités (en remplaçant le modèle de l'autorité personnalisée en un Directeur général par une autorité collégiale) et en attribuant un pouvoir de règlement des différends à Ofwat. La nouvelle loi de 2003 ouvre le secteur à la concurrence en permettant à l'Administration d'attribuer de nouvelles autorisations de fourniture d'eau pour les gros consommateurs¹⁰²⁴ et, en conséquence, établit un mécanisme de règlement des différends pour permettre aux nouveaux entrants d'emprunter les infrastructures existantes — évitant ainsi d'avoir à les dupliquer.

La période des nationalisations comme celle de l'ouverture à la concurrence manifeste une nette différence à travers le temps dans la gestion de l'eau entre les deux pays. La France reste au fond assez fidèle dans ce domaine au contrat et au modèle de la concurrence pour le marché tandis que le Royaume-Uni a profondément changé son mode de gestion de l'eau pour introduire l'idée de concurrence¹⁰²⁵.

Conclusion du Chapitre 1

Les motifs conjoncturels justifiant l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation manifestent bien la spécificité de la fonction contentieuse de ces autorités.

L'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation, tant dans son volet répressif que dans son aspect de règlement des différends, a permis de faire plusieurs constatations qu'il faut résumer.

La spécificité de la fonction contentieuse des autorités de régulation résulte d'abord de l'histoire de ces activités, histoire qui a suivi très largement une évolution parallèle dans les deux pays malgré une divergence à partir des années 1980. Monopole et propriété publique ont été les deux modes dominants de gestion de ces secteurs à partir de l'après-guerre¹⁰²⁶. Par contraste, si les États-Unis aussi ont géré ces secteurs en monopole, ils ont choisi le procédé de la réglementation pour contrôler l'opérateur dominant, la police et non la propriété. Partout l'existence d'un réseau s'est néanmoins traduite par la consécration du monopole.

295. Le mouvement qui débute dans les années 1980 en France et au Royaume-Uni se caractérise donc d'une part par la démonopolisation de certains secteurs et par un mouvement de privatisation. Ce mouvement ne va toutefois pas jusqu'à remettre complètement ces secteurs dans le droit commun, c'est pourquoi il est inapproprié d'utiliser le terme « libéralisation » – l'expérience anglaise dans les années 1980 s'est, qui plus est, davantage caractérisée dans le secteur des télécommunications par la mise en place d'un duopole que par une liberté réelle. Plus fondamentalement, le régime juridique qui singularise ces secteurs jusqu'à aujourd'hui est un régime préventif et non justement un régime répressif.

in the Water Industry in England and Wales » suivie d'une autre « Extending Opportunities for Competition in the Water Industry in England and Wales » (31 juillet 2002).

¹⁰²⁴ Il s'agit principalement des entreprises industrielles et commerciales dont la consommation dépasse un certain seuil.

¹⁰²⁵ V. le rapport du Conseil d'État sur l'eau : Conseil d'État, L'eau et son droit, Rapport public 2010, vol. 2, Études et documents n° 61.

¹⁰²⁶ Avec toutefois deux secteurs qui connaissent une spécificité : le secteur de l'eau n'a jamais été privatisé en France (v. les développements de S. Duroy, La distribution d'eau potable en France, préc., pp. 144 suiv.) et l'audiovisuel a très tôt été démonopolisé au Royaume-Uni.

296. C'est ce régime juridique qui manifeste la deuxième spécificité de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Malgré l'intention de « libéraliser » ces secteurs, c'est un régime d'autorisation préalable qui s'est mis en place dans les deux pays ainsi qu'au niveau européen (régime qui s'est assoupli dans le domaine des communications électroniques en un régime de déclaration). Dans son volet répressif, la spécificité de la fonction contentieuse des autorités de régulation tient au fait qu'elle repose largement sur un système d'autorisation préalable. Ce constat a une influence sur la légitimité de ce pouvoir qui ne concurrence pas véritablement le juge pénal. Le modèle coercitif traditionnellement attaché à l'autorisation administrative préalable est un modèle de voies d'exécution et non un modèle purement répressif. Il est traditionnellement caractérisé par un lien préalable et par la volonté de faire rentrer le contrevenant dans le droit chemin et non de réprimer ; surtout, la sanction porte elle-même sur ce lien (il s'agit soit d'une suspension de l'autorisation, soit d'un retrait de celle-ci). Si, traditionnellement, la coercition attachée à l'autorisation administrative préalable singulariserait la fonction contentieuse des autorités de régulation, on constate, dans les deux pays, une évolution vers un caractère beaucoup plus répressif de la coercition attachée à l'autorisation avec la montée de la sanction pécuniaire qui devient aujourd'hui le mode dominant de répression dans tous les secteurs étudiés – le retrait et la suspension n'étant désormais qu'exceptionnels. Cette évolution tendrait donc à diminuer la singularité de ces secteurs. Force est néanmoins de constater que les sanctions attachées à l'autorisation ne sont pas adaptées au secteur des services publics en réseau et c'est pourquoi, dans les deux pays, les autorités administratives ont été réticentes à l'utiliser. La France se singularise nettement ici. Les jurisprudences combinées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ont imposé le recours à la mise en demeure avant le prononcé d'une sanction pécuniaire si bien que les infractions passées par exemple ne peuvent être sanctionnées, si le contrevenant est rentré dans le droit chemin. Le droit anglais permet une utilisation plus large de la sanction pécuniaire sans intervention préalable de la mise en demeure.

297. On aboutit donc à ce paradoxe que la réforme du régime des services publics en réseaux s'est traduite non seulement par une explosion de la réglementation (ce qu'on remarque aussi dans les pays anglo-saxons¹⁰²⁷), mais aussi par une augmentation de la fonction administrative répressive.

Nonobstant ce constat, la singularité qui perdure est que la fonction répressive des autorités de régulation ne se déploie pas dans l'ordre juridique général, c'est-à-dire sans lien préalable avec ses victimes. L'existence d'un lien préalable singularise fortement la situation des autorités de régulation par rapport à celle par exemple des autorités de concurrence ou celles des marchés financiers dont l'activité répressive s'exerce en dehors de tout lien. Toutefois, cette singularité diminue si l'on compare ces autorités aux autres autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir répressif. En effet, de nombreuses autorités administratives indépendantes ont un pouvoir de sanction qu'elles exercent en vertu d'un lien préalable : il en est ainsi de la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui exerce aussi un pouvoir d'autorisation¹⁰²⁸ et de nombreuses autres instances¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ V. S. K. Vogel, *Freer markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial countries*, Cornell studies in political economy, Cornell University Press, 1998. L'auteur constate en effet que si les marchés sont devenus plus forts les États n'en ont pas moins eux aussi été renforcés (p. 2).

¹⁰²⁸ V. section 2 (article 25 suiv.) de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Le nouvel article 45 relatif aux sanctions montre que ce pouvoir est bien lié à une autorisation préalable puisque d'abord le but est de faire rentrer le contrevenant dans le

Aujourd'hui, on ne peut que constater, tant en France qu'au Royaume-Uni, que les autorités administratives dotées d'un pouvoir répressif en dehors de tout lien préalable n'ont fait que se développer, sous la forme le plus souvent d'ailleurs d'autorités indépendantes. Ce phénomène est d'ailleurs particulièrement sensible au Royaume-Uni.

298. Mais la singularité la plus forte de la fonction contentieuse des autorités de régulation réside dans la création progressive, la consécration et l'essor tous azimuts — au moins en France — de la fonction de règlement des différends. Comment rendre compte de cette véritable création juridique ? En première analyse, elle a une fonction essentiellement pratique. Il s'agit d'une réponse pragmatique au besoin de trouver un remède rapide, expert à l'accès au réseau. Mais qu'est-ce qui explique que les contrats de l'ensemble de ces secteurs ne soient pas soumis au droit commun, à l'intervention du juge civil ?

L'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation ne répond-elle pas plus profondément à des raisons structurelles, celles-ci d'ordre juridique ? C'est ce que nous voudrions à présent analyser.

droit chemin par un avertissement et/ou une mise en demeure et ensuite il peut suspendre ou retirer cette autorisation. Il dispose enfin du pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires.

¹⁰²⁹ On pourrait mettre dans cette catégorie entre autres l'Autorité de contrôle prudentiel qui exerce un contrôle sur des organismes précédemment agréés (v. Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, J.O.R.F. n°18 du 22 janvier 2010, p. 1392, texte n° 13), l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (v. Loi n° 99-588 du 12 juillet 1999, J.O.R.F. n°160 du 13 juillet 1999, p. 10400).

CHAPITRE II — LES MOTIFS STRUCTURELS

299. L'essor de la fonction contentieuse des autorités sectorielles consacre — et s'explique par — plusieurs insuffisances que nous voudrions détailler : celles du droit commun et celui des formes institutionnelles traditionnelles (juge, administration centrale, *tribunal*). Comme l'affirme Jacques Chevallier, les autorités de régulation « apparaissent davantage complémentaires que réellement concurrentes aux institutions classiques : intermédiaire entre administration et justice, elles ne se substituent ni à l'une, ni à l'autre, mais viennent compléter le dispositif d'encadrement de l'économie »¹⁰³⁰. C'est aussi l'avis de Jean Marimbert : « le rôle des régulateurs est spécifique, [qu']ils n'ont été créés ni pour imiter l'administration classique, ni pour plagier le juge, mais précisément pour construire une méthodologie d'action publique originale qui emprunte à ces deux genres classiques. Ce serait donc trahir l'intention dont procède la régulation que de vouloir la ramener à de l'action administrative traditionnelle ou à l'inverse la tirer trop loin vers la fonction juridictionnelle »¹⁰³¹.

Deux séries de justifications peuvent être avancées. C'est, d'une part, des motifs proprement juridiques qui peuvent permettre d'expliquer le développement de cette fonction (Section 1). C'est, d'autre part, des motifs théoriques qui ont bien souvent servi de justifications aux réformes évinçant le juge de la scène contentieuse (Section 2).

*

Section 1 – Les motifs juridiques

Section 2 – La force des arguments théoriques au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne

¹⁰³⁰ V. J. Chevallier, « Les Autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices, Revue générale du Droit processuel*, 1995, n° 1, pp. 81-90, spéc. p. 90.

¹⁰³¹ V. J. Marimbert, « L'office des autorités de régulation », *Petites affiches*, 3 juin 2002, n° 110, pp. 73 suiv., spéc. p. 77.

Section 1 — *Les motifs juridiques*

Les motifs juridiques pouvant expliquer l'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation sont de plusieurs ordres. D'abord, l'insuffisance du droit substantiel peut permettre de rendre compte de l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation (droit des obligations, droit des biens, droit de la concurrence, droit pénal, mais aussi, éventuellement les rigidités propres à chaque droit et aux insuffisances des modes alternatifs de règlement des conflits) (§1). Ensuite, des raisons institutionnelles (propres aux juges, aux institutions administratives) offrent des motifs pour expliquer ce choix. Enfin, des raisons scientifiques peuvent être avancées pour comprendre ces évolutions (§2).

*

§1 — Les droits substantiels à l'épreuve des secteurs régulés

§2 — Les institutions traditionnelles à l'épreuve des secteurs régulés

*

§ 1 — Les droits substantiels à l'épreuve des secteurs régulés

La fonction contentieuse des autorités de régulation se présente comme une manière de répondre aux insuffisances des droits substantiels de chaque ordre juridique. Le droit privé (I), le droit pénal (II), inspirés par les idées libérales du Siècle des Lumières ne sont pas faits pour répondre de manière adéquate aux problèmes des secteurs régulés. De même, le droit de la concurrence (III) est inadapté pour faire face à ces nouveaux enjeux. Tant la fonction de règlement des différends que la fonction coercitive de ces autorités apportent une réponse à l'inadéquation de ces droits substantiels aux objectifs de la régulation.

I — Le droit privé face aux secteurs régulés

300. Le droit privé apparaît inadapté pour répondre aux enjeux que présente le droit des secteurs régulés. La fonction de règlement des différends est en effet tout entière tournée vers le contrat, contrat de droit privé dans chaque pays. D'une part, certains caractères de la théorie générale des contrats de droit privé, en France et au Royaume-Uni, rendraient impossible l'ouverture de ces secteurs à la concurrence (A). D'autre part, le droit de la responsabilité a manifesté, dans certains contentieux, son inadaptation pour répondre aux demandes des nouveaux entrants sur le marché (B). Enfin, le droit privé des biens manifeste, en présence d'un réseau, de forts effets anticoncurrentiels (C).

301. Quelles sont les raisons et la nature des agencements juridiques mis en place par le législateur ? Les contrats relatifs à l'accès et à l'interconnexion sont en effet, en France¹⁰³², des contrats de droit privé — ce point est affirmé par le législateur dans certains domaines¹⁰³³ — si bien que les autorités de régulation interviennent à la place du juge judiciaire lorsqu'elles règlent les différends¹⁰³⁴. Au Royaume-Uni aussi, c'est le droit privé qui est concerné, il ne pourrait d'ailleurs en être autrement.

Mais les principes contractuels mis en place par les directives et les lois de transposition dérogent aux principes traditionnels du droit des obligations. Le droit relatif au contrat, dans ces secteurs, est ainsi utilisé comme un « instrument de réglementation »¹⁰³⁵. Il est utilisé pour établir un ordre concurrentiel.

Pourquoi a-t-il été nécessaire pour cela de modifier les règles traditionnelles du droit privé ? Parce que, comme le montre Hugh Collins, le droit des contrats a un effet sur les comportements¹⁰³⁶ et qu'il n'est pas neutre. Il possède en effet de forts effets anticoncurrentiels. Anthony Ogus écrit ainsi de manière très révélatrice : « si, alors, l'échec du marché s'accompagne d'un échec du droit privé, [...] alors il y a, à première vue, sur le fondement de l'intérêt public, une justification à l'intervention de l'État »¹⁰³⁷. Mais qu'est-ce qu'un échec du marché ? Le marché ne se déploie pas dans un vide juridique, il est organisé par des conventions, il n'existe que par l'organisation juridique qui le tient. Aussi n'y a-t-il aucune différence entre l'échec du marché et les insuffisances de la réglementation juridique.

¹⁰³² Cette distinction n'existe pas au Royaume-Uni ; en tout cas ce régime, comme régime distinct et homogène n'existe pas. Il y a en effet des régimes spéciaux réglementés par chaque loi, mais dans le silence de celle-ci c'est le droit des contrats qui s'applique.

¹⁰³³ V. par ex. l'article 34-8-I du C.P.C.E. qui dispose que « L'interconnexion ou l'accès font l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées » (v. aussi L34-8-1 sur les prestation d'itinérance locale qui « fait l'objet d'une convention de droit privé ». L. Richer, qui analyse les contrats dans le domaine de l'énergie affirme qu'« il est à penser que les contrats d'accès au réseau sont des contrats de droit privé » (v. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie, préc., pp. 403-404).

¹⁰³⁴ V. sur ce point l'avis concordant de L. Richer, *Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie*, préc., p. 403.

¹⁰³⁵ V. G. Bellantuono, « The Limits of Contract Law in the Regulatory State », *European Review of Contract Law*, vol 6(2), 2010, pp. 115-142, spéc. p. 8. Traduction de : « regulatory tools ». Il affirme aussi : « The attempt to use network contracts for regulatory purposes is clearly visible » (p. 31).

¹⁰³⁶ V. H. Collins, *Regulating Contracts*, spéc. « Private Law as Regulation », p. 57-58. Traduction libre de : « private law regards itself within its own internal discourses, it can also be examined from an external point of view as one mechanism by which the state seeks to regulate markets. Private law certainly has similar effects in steering market behaviour to other types of social and economic regulation of business activity (...) It is only possible to exclude such questions about private law as a regulatory technique, if it is denied absolutely that private law is influenced by policy objectives. There may be some legal scholars who remain attached to an idea of private law as a sealed, self-referential discourse linked only to basic moral ideals such as the idea that promises ought to be kept. (...). Yet I do not believe that such legal scholars really exist. Even the most traditional accounts of the private law of contract introduce references to instrumental considerations in their pages, though they remain crudely formulated and empirically unverified. The pages are in fact peppered with such considerations as the need for 'certainty' in the law, so that businessmen can plan their affairs. Of course, hidden in this appeal to certainty (which is not the same as doctrinal integrity, for a clear rule can be inconsistent with the values of the doctrinal system), there is an implicit rejection of some other standard or policy such as fairness by which to measure the effects of private law. These breaches of the seal of self-reference in order to admit consequentialist consideration indicate that even in the most traditional accounts of private law. Instrumental considerations are not excluded entirely ».

¹⁰³⁷ V. A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, O.U.P., 1994, p. 28.

Cette analyse est corroborée par le fait que les doctrinaires néo-libéraux qui ont inspiré les réformes des années 1980 ont commencé leur réflexion par une critique du droit privé¹⁰³⁸. Ce sont ces critiques qui ont influencé les réformes. Le droit des contrats des secteurs régulés est ainsi un exemple caractéristique du rôle réglementaire de plus en plus important que l'on attribue au droit privé de manière générale afin de lui supprimer ses effets anticoncurrentiels¹⁰³⁹.

Pourquoi le droit des obligations n'est-il pas adapté à la poursuite d'objectifs interventionnistes, à l'établissement d'un ordre concurrentiel¹⁰⁴⁰ ?

302. Le règlement des différends devant les autorités de régulation offre une solution à différentes insuffisances du droit des contrats : le droit des contrats, aussi bien en France qu'en Angleterre, n'offre pas de solution adaptée au problème du pouvoir dans les relations contractuelles (1), tout comme au refus de contracter (2) et à l'établissement du contenu du contrat (3).

1 — Le droit des contrats et le problème du pouvoir¹⁰⁴¹

L'étude du problème du pouvoir dans les relations contractuelles peut se décliner de deux manières : en analysant d'une part l'indifférence du droit des contrats quant aux éventuels déséquilibres des relations contractuelles (a) ; d'autre part, en montrant comment, les deux systèmes juridiques anglais et français ont rejeté le recours à l'équité (b).

a — L'indifférence du droit des contrats quant aux problèmes de déséquilibre des relations contractuelles

L'étude du droit français (i), précédera celle du droit anglais (ii), pour montrer que, malgré les différences que les comparatistes se plaisent à mettre en avant, des principes communs, à la base du droit des contrats dans ses rapports avec la notion de pouvoir, expliquent les solutions aujourd'hui communes du droit de la régulation. Cette critique n'est d'ailleurs pas nouvelle. On la retrouve ainsi chez Max Weber qui met en évidence que « l'égalité contractuelle formelle cache des inégalités réelles qu'elle contribue d'ailleurs à renforcer »¹⁰⁴².

¹⁰³⁸ V. les critiques de l'ordolibéralisme à l'égard des postulats du droit privé et surtout les écrits de R. Coase qui commence par une critique du droit de la responsabilité.

¹⁰³⁹ V. F. Cafaggi, H. Muir Watt, *The making of European private law: regulation and governance design*, Edward Elgar Publishing, 2008, spéc. « general introduction ».

¹⁰⁴⁰ V. aussi sur ce point G. Bellantuono, « The Limits of Contract Law in the Regulatory State », *European Review of Contract Law*, vol 6(2), 2010, pp. 115-142, spéc. p. 31 : « While it is true that energy regulation needs to develop new rules for the governance of contractual relationships, it is by no means obvious that contract law will be able to fill in the gap ».

¹⁰⁴¹ Les travaux qui traitent de ce sujet en droit privé français n'étudient pas ce problème spécifique. Ainsi Emmanuel Gaillard se pose-t-il la question du pouvoir dans le cadre des prérogatives reconnu par le droit à certains acteurs, comme l'époux, le chef d'entreprise ou l'assemblée générale d'actionnaires, le tuteur ou le dirigeant social. Le pouvoir y est défini comme ce qui permet à celui qui le détient « d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (v. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Coll. Droit civil. Études et recherches, 1985, p. 233). V. aussi l'analyse de F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°205.

¹⁰⁴² V. J.-G. Bellay, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et Société*, n°9, 1988, pp. 301-324, spéc. p. 302. La réflexion de Max Weber sur le droit des contrats se trouve dans le chapitre de Sociologie du

303. Le problème qui explique la création d'un droit spécial et d'une procédure particulière, est celui de l'indifférence du droit privé des contrats vis-à-vis de la puissance économique des parties prenantes — à l'exception de quelques contrats spéciaux¹⁰⁴³ — ou pour le dire dans les termes de plus augustes auteurs, « bien loin de conduire à des rapports équilibrés, la liberté contractuelle serait l'instrument qui permet au fort d'imposer sa loi au faible »¹⁰⁴⁴. Cette vérité a même été reconnue par le libéral Ripert¹⁰⁴⁵. Or, le déséquilibre des relations contractuelles, ou ce que Pierre Catala appelle les « contrats déséquilibrés » est au cœur du règlement des différends. On le voit dans tous les domaines étudiés. En France, l'exemple du Médiateur du cinéma est éclairant¹⁰⁴⁶. Ainsi, Yves Robineau n'hésite pas à affirmer que la nécessité du Médiateur découle du fait que « si dans cette même ville, la répartition entre ces deux complexes s'opère de manière discriminatoire sur la durée, le plus faible est condamné à terme à disparaître ou à être absorbé par le plus fort. Un monopole local de programmation se met en place [...] »¹⁰⁴⁷. De même, Christophe Jamin explique que, dans les secteurs régulés, les contrats d'accès au réseau « permettent à leurs gestionnaires, qui sont en situation de monopole, d'imposer à leurs cocontractants leurs propres conditions d'accès au marché, ce qui constitue un pouvoir écrasant »¹⁰⁴⁸.

304. Or, la question du pouvoir dans les relations contractuelles semble occultée par le droit des contrats. On pourrait peut être même émettre l'hypothèse que la question du pouvoir est l'objet même du droit public et se demander si le contrat administratif en France n'a pas justement servi à résoudre le problème du pouvoir dans les rapports contractuels : la jurisprudence sur les clauses exorbitantes du droit commun, critère d'identification du contrat administratif pourrait permettre de corroborer cette hypothèse¹⁰⁴⁹. Et ne pourrait-on pas dire

droit intitulé « Les formes de création des droits subjectifs » (Sociologie du droit, Paris, P.U.F., Coll. Recherches politiques, 1986).

¹⁰⁴³ V. par ex. le contrat de travail qui repose sur l'existence d'un lien de subordination ou le contrat de dépendance économique qui établit « entre deux partenaires de puissance économique inégale une relation plaçant l'un, le dominé (agriculteur intégré, ...), dans une position de subordination par rapport à l'autre, le dominant » (V. F. de Boüard, La dépendance économique née d'un contrat, L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, tome 13, 2007, spéc. introduction). La réflexion avance toutefois en droit privé à travers le droit de la concurrence : J.-L. Fourgoux, M. Chagny, J. Riffault-Silk, D. Tricot, C. Pecnard, « Approches plurielles du déséquilibre significatif », *Concurrences*, n° 2-2011, n°35454.

¹⁰⁴⁴ V. F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, *Droit civil : les obligations*, préc., n° 33.

¹⁰⁴⁵ G. Ripert affirme en effet que « la liberté ne convient qu'aux forts » (G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, t. II, Sirey, 1935, p. 348, n° 3).

¹⁰⁴⁶ Nous choisissons à dessein de privilégier les exemples en dehors du champ du droit européen pour ne pas brouiller la réflexion par des considérations juridiques externes.

¹⁰⁴⁷ Y. Robineau, « Le Médiateur du cinéma (un exemple de procédure de conciliation au service du droit) », art. préc., p. 618.

¹⁰⁴⁸ V. C. Jamin, « Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats », *Revue Lamy de la concurrence* 2005, n°2, 02/2005.

¹⁰⁴⁹ V. Conseil d'État, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, *Recueil Lebon* p. 909, concl. Blum, D. 1916.3.35, concl. Blum ; S. 1917.3.15, concl. Blum ; RD publ. 1914.145, note Jèze ; G.A.J.A., 17^e éd., n° 25, p. 143 suiv.. La jurisprudence a défini ces clauses comme la clause « ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (Conseil d'État, Sect., 20 octobre 1950, Stein, *Recueil Lebon* p. 505, et 26 février 1958, Compagnie des mines de Falimé-Gambie, *Recueil Lebon* p. 128). V. aussi *Traité des contrats*, p. 148, n°109 suiv.. V. les dév. de R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois,

que le droit public a permis au droit privé de ne pas se poser la question du pouvoir¹⁰⁵⁰? En droit privé, la question du pouvoir est traitée de manière « réductrice, qui l'assimile à l'édiction d'actes juridiques unilatéraux »¹⁰⁵¹, encore la question de l'unilatéralité n'a-t-elle « pas sa place au sein d'une théorie générale des contrats bien comprise »¹⁰⁵². La question du pouvoir de fait est occultée par le droit privé des contrats¹⁰⁵³.

305. Il serait toutefois trompeur de dire que le droit privé se désintéresse complètement de cette question. Il faut en effet noter une nette évolution de celui-ci qui prend davantage en compte les déséquilibres contractuels. Ainsi, l'idée de « protection de la partie faible »¹⁰⁵⁴ a « pénétré jusqu'au cœur classique du droit civil »¹⁰⁵⁵ afin de pallier les problèmes de vulnérabilité de la partie faible. L'inégalité contractuelle a aussi fait l'objet d'un traitement par la notion de violence¹⁰⁵⁶, d'abus¹⁰⁵⁷ et celle de cause¹⁰⁵⁸. De même, Laurence Fin-Langer

1979, pp. 151 suiv.. Roland Drago remet en question le caractère de contrat de nombreux contrats administratifs (concession de service public) et leur caractère administratif (le marché public obéit, pour l'auteur, à la théorie générale du contrat en droit privé).

¹⁰⁵⁰ L'hypothèse de travail de P. Lokiec est ainsi que « les transformations du droit privé des rapports contractuels traduiraient une émancipation du pouvoir par rapport au contrat » (Contrat et pouvoir, thèse préc., p. 15, n°22).

¹⁰⁵¹ V. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 408, 2004, p. 12, n°16.

¹⁰⁵² V. R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 254, 1995, cité par L. Aynès, « Rapport introductif », spéc. n°1, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque*, 9 janvier 1998, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Économica*, Coll. Études juridiques, tome 9, 1999.

¹⁰⁵³ V. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préc., p. 14, n°18.

¹⁰⁵⁴ V. M. Fontaine, J. Ghestin (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 261, 1996. Cette protection se manifeste par la législation sur les clauses abusives, par l'encadrement des relations employeurs-salariés, bailleurs et locataires, professionnels et consommateurs, assureurs et assurés

¹⁰⁵⁵ V. J. Rochfeld, « Du statut contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éd., 2008, pp. 835-866, spéc. p. 836. V. aussi cette affirmation de Jean Carbonnier : « Le rétrécissement de la liberté contractuelle a été une constante (...). Mais la signification n'en a pas été constamment la même. Jusque vers 1970, il s'agissait surtout de dirigisme économique. Depuis lors, une autre finalité a surgi, (...) ; la protection du consommateur » (*Droit civil*, vol. 2, préc., p. 1936).

¹⁰⁵⁶ D. Mazeaud montre à cet égard que la Cour de cassation accepte, au titre des vices du consentement de violence de prendre en considération la violence économique : cet instrument lui permet de sanctionner « le contractant qui abuse de l'inégalité contractuelle, procédant de la contrainte économique dont son partenaire est victime, pour lui extorquer un avantage excessif » (v. D. Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in C. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires 2003, pp. 135-151, spéc. n° 10). Benjamin Montels est à cet égard de l'avis que « Par ses règles abstraites, la théorie générale des obligations s'avère au demeurant mieux adaptée à la protection des contractants en position de faiblesse que la législation spéciale dont la finalité principale est de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. La violence, entendue dans un sens économique, s'ajouterait alors aux notions de cause, d'abus de droit et de bonne foi qui ont déjà démontré leur utilité afin de corriger les déséquilibres contractuels excessifs » (« La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *A.J.D.A.*, 2002, p. 417).

¹⁰⁵⁷ D. Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », préc., n°10.

¹⁰⁵⁸ D. Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », n°15-16. Le mouvement de subjectivisation de la notion de cause permet à la Cour de cassation d'encadrer certains phénomènes d'inégalité contractuelle.

montre que le concept d'équilibre contractuel serait désormais concevable¹⁰⁵⁹, acceptable¹⁰⁶⁰ et même utile¹⁰⁶¹. Il faut d'ailleurs constater que le législateur français est intervenu pour introduire la notion de déséquilibre des relations commerciales¹⁰⁶². Judith Rochfeld relève au surplus que ces solutions se trouvent concurrencées aujourd'hui par le droit du marché, lequel appréhende la partie faible sous les espèces du consommateur, du concurrent¹⁰⁶³, et les droits de l'homme¹⁰⁶⁴.

Qu'en est-il, à présent, en droit anglais ?

ii — Le droit anglais

306. Le droit anglais des contrats est, lui aussi, indifférent à la question du pouvoir. Les juges considèrent la liberté contractuelle comme sacrée, pour reprendre les termes célèbres de Sir George Jessel en 1875, il faut « que les hommes majeurs et éclairés aient la liberté absolue de contracter et que leurs contrats, librement et volontairement négociés, soient considérés comme sacrés et [que] les tribunaux les fassent exécuter. Par conséquent, affirme-t-il, [...] vous ne devez pas interférer avec la liberté contractuelle, aussi légèrement que ce soit »¹⁰⁶⁵. Cette vision est particulièrement exacerbée au Royaume-Uni puisque l'idée de contrat n'a pas évolué pour prendre en compte les contrats des personnes publiques et la question du pouvoir n'est abordée qu'à travers celle du vice du consentement (avec les notions de *duress* ou *undue influence*¹⁰⁶⁶). Comme le montre Sophie Le Gac-Pech, le déséquilibre contractuel en droit anglais est pris en compte uniquement lors de la formation du contrat par la doctrine de la *consideration* et en cours d'exécution par celle de la *frustration of contract*¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁵⁹ En raison des critiques portées par la doctrine contre l'autonomie de la volonté (pp. 84 suiv.).

¹⁰⁶⁰ Car la liberté contractuelle est relativisée et la force obligatoire du contrat est assouplie (pp. 97 suiv.).

¹⁰⁶¹ Cette utilité permettrait ainsi de comprendre les évolutions du droit des contrats dans plusieurs domaines : pour la compréhension du contrat, l'explication des règles dérogatoires (pp. 111 suiv.).

¹⁰⁶² V. 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

¹⁰⁶³ V. J. Rochfeld, « Du statut contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », préc., p. 843 suiv.

¹⁰⁶⁴ V. aussi sur ce point les développements de C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, préc.. V. aussi H. Collins, « The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe » (2011) 22 *European Business Law Review* pp. 425–435.

¹⁰⁶⁵ Traduction de : « If there is one thing more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract. » (Sir George Jessel MR, *Printing and Numerical Registering v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462).

¹⁰⁶⁶ La notion de *duress* est un vice du consentement car elle correspond à l'hypothèse dans laquelle une personne a contracté à la suite de pressions. La notion de *undue influence* permet aussi de libérer les parties des contrats qu'elles ont souscrits au motif qu'une partie a été influencée par l'autre de manière intentionnelle ou non. V. R. Stone, *The modern law of contract*, London, New York, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 419 suiv pour la notion de *duress* et pp. 439 suiv. pour la notion de *undue influence*.

¹⁰⁶⁷ V. S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 335, 2000, pp. 394 suiv.. Elle précise toutefois bien qu'il n'y a pas, en *common law*, « d'institution censurant le défaut d'équilibre » (thèse préc., n°978) en tant que tel. Ainsi, la *consideration* n'a pas à être proportionnée. Il en est de même dans le cas de la doctrine du *frustration of contract*. Cette doctrine apporte une réponse au déséquilibre des relations contractuelles survenu à la suite d'événements imprévisibles, qui entraînent une impossibilité juridique, physique ou pratique d'exécuter le contrat. Mais la sanction attachée à cette doctrine n'est pas adaptée au cas étudié ici, puisque le juge met fin au contrat, celui-ci étant réputé *discharged* (n°983 suiv.).

307. Comme l'explique Patrick Atiyah : « La fonction des tribunaux est d'assurer un équilibre procédural : le tribunal est l'arbitre auquel on fait appel lorsqu'une faute est alléguée, mais celui-ci n'a aucune fonction substantielle au-delà de celle-ci. Ce n'est pas le rôle du juge de s'assurer que le marché est juste, ou de s'assurer qu'une partie ne tire un avantage indu de l'autre, ou lui impose des termes déraisonnables en raison d'une position supérieure dans la négociation. C'est au marché de rectifier une quelconque supériorité dans la position de négociation ». Il serait injuste de dire que les juges anglais ont été indifférents à ce problème. Ainsi, Lord Denning essaya de mettre au point une notion d'inégalité de pouvoir de négociation, mais elle n'eut pas beaucoup de succès, les juges anglais réitérant l'absence, en droit anglais, d'obligation générale de négocier de bonne foi¹⁰⁶⁸ — ce qui distingue ici nettement le droit anglais des contrats du droit allemand par exemple¹⁰⁶⁹ et bien sûr du droit de la régulation qui impose, dans certains cas, aux contractants de négocier de bonne foi¹⁰⁷⁰.

308. Cette caractéristique générale explique certainement l'essor de la notion de protection de la partie faible dans le droit des contrats en Europe à travers l'essor du droit de la consommation, du droit du travail¹⁰⁷¹, mais aussi à travers, en France, les très nombreuses obligations d'informations qui réduisent les asymétries de celles-ci¹⁰⁷² et que l'on peut même retrouver, en dehors du droit des contrats, dans le droit des marchés financiers. Toutefois, certains auteurs en Angleterre estiment, concernant le droit de la consommation, que les voies de recours qu'offre le droit privé ne sont pas suffisantes et expliquent justement le recours du législateur aux mécanismes du droit administratif¹⁰⁷³.

309. Or, cette question est affrontée directement tant par le droit de la concurrence que par le droit de la régulation sectorielle et il n'est pas étonnant non plus que les deux pays aient aussi vu leur droit des contrats évoluer, sous l'influence européenne, par le droit de la consommation¹⁰⁷⁴. Le droit de la régulation sectorielle ainsi que le droit de la concurrence

¹⁰⁶⁸ V. la décision et le discours de Lord Denning in *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1975] Q.B. 326, spéc. p. 339, et les développements in Chitty on Contracts, préc., n°1-022. V. aussi cette analyse de la bonne foi et de la notion de *duress* dans le cadre des obligations de négociation en droit anglais, F. N. Botchway, « Can the law compel business parties to negotiate? », *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 3, pp. 286 suiv..

¹⁰⁶⁹ V. V. M.-H. Maleville-Costedoat, « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Colloque du 22 juin 2007, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Société de législation comparée, 2008, 191 pages », *RTD Civ.* 2008 p. 741.

¹⁰⁷⁰ V. article 12 §1 point b de la directive 2002/19/CE dites « accès », qui invite les États membres à imposer cette condition aux négociations (ceci n'est toutefois pas obligatoire puisque la directive ne fait qu'énoncer les conditions que les opérateurs peuvent se voir imposer. V. aussi l'article 20 de la directive dite « cadre ». V. aussi l'article 20 §2 de la Directive 96/92/CE ; article 19§3 de la directive 2003/55/CE (secteur du gaz) ; article 32§3 de la directive 2009/73/CE. Dans les droits internes, v. l'article D310 du Code des postes et des communications électroniques. Cette condition ne semble toutefois pas reprise en droit anglais, dans la loi en tout cas. On retrouve cette obligation dans certains documents publiés par British Telecom comme l'accord standard d'interconnexion (Standard Interconnect Agreement) à l'article 2. En tout cas l'obligation de négocier de bonne foi l'interconnexion n'est contenue dans aucune loi des secteurs étudiés.

¹⁰⁷¹ V. par ex. pour les Pays-Bas, T. Hartlief, « Freedom and Protection in Contemporary Contract Law », *Journal of Consumer Policy* 27: 253–267, 2004 ; V. aussi pour une analyse de droit européen É. Poillot, « Consumer and Contract Law », *ERA research paper* ;

¹⁰⁷² V. l'article M. Billam, C. Maison-Blanche, « Asymétrie d'information, Le vrai garde-fou passe par la responsabilisation des acteurs », *JCP G*, n° 17, 26 avril 2010, p. 913.

¹⁰⁷³ V. D. Harris, D. Campbell, R. Halson, *Remedies in contract and tort*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2nd ed, 2006, pp. 68 suiv. Ces auteurs développent à ce sujet le rôle de l'Office of Fair Trading en droit de la consommation.

¹⁰⁷⁴ La France comme le Royaume-Uni ont connu des législations sectorielles pour remédier à la dureté du droit des contrats dans de nombreuses hypothèses. Pour le Royaume-Uni v. D. H. Parry, *The sanctity of contracts in*

sont prévus pour traiter le problème du pouvoir, pour tenter de neutraliser celui-ci, dans les relations concurrentielles et non dans les relations de la consommation. Le droit de la régulation a précisément pour objet de circonscrire, d'encadrer l'exercice du pouvoir. Il faut toutefois préciser que le contrôle du pouvoir par ces droits a certainement une finalité différente que le droit libéral traditionnel. Ces droits appréhendent et contrôlent le pouvoir en tant que celui-ci a un effet sur le marché et c'est donc par ce biais qu'ils peuvent protéger la partie faible. C'est ce qu'affirme ainsi Emmanuelle Claudel : « Si la mission des autorités régulatrices est bien illustrée dans cette affaire [l'affaire des cuves¹⁰⁷⁵] (protéger la concurrence et non les concurrents), on voit cependant que la régulation des marchés peut coïncider avec la protection de la partie faible »¹⁰⁷⁶. Ces droits confrontent le cadre contractuel à des exigences extérieures, notamment celle de l'efficacité du marché.

Indifférent aux déséquilibres des relations contractuelles, le droit des contrats anglais et français rejette aussi la notion d'équité, laquelle aurait pu permettre de rétablir cet équilibre.

b — Le rejet de l'équité

Il faudra ici s'intéresser au rejet de l'équité en droit français (i) avant d'étudier la position en droit anglais (ii). Ceci amènera à s'interroger sur la manière dont l'équité a pu être, malgré tout, réintroduite dans l'ordre juridique (iii). Ces développements permettront de montrer que, au rebours des conceptions privatistes, le droit de la régulation affronte directement la question de l'équité dans les relations entre concurrents (iv).

i — Le droit français

310. Cette indifférence du droit des contrats à la notion de pouvoir se retrouve aussi dans le rejet de l'équité comme source du droit pour le juge. La Cour de cassation ne manque ainsi pas de censurer le recours à ce « droit affranchi de règles »¹⁰⁷⁷ par les juges du fond, lesquels doivent statuer selon les règles de droit positif en vigueur¹⁰⁷⁸ comme le leur commande le

English law, The Hamlyn lectures, Stevens, 1959 qui cite les nombreuses lois pertinentes. En France v. le droit du travail par ex. Le droit de la consommation est gouverné en Angleterre par deux lois, Unfair Contract Terms Act de 1977 (qui est toutefois plus large que le seul droit de la consommation puisqu'il peut trouver à s'appliquer dans les relations entre entreprises) et le Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1999. Ce droit est sur le point d'être réformé à la suite du rapport : The Law Commission and The Scottish Law Commission (Law Com n° 292) (Scot Law Com n° 199), Unfair terms in contracts. V. en France le code de la consommation.

¹⁰⁷⁵ V. Cass. Com. 18 fév. et 26 mai 1992, J.C.P. E, 1992, II, 334, note M. Behar-Touchais ; Recueil Dalloz 1993, II, 57, note C. Hannoun, voir aussi le comm. d'E. Claudel dans sa thèse, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse dactyl., Université de Paris X-Nanterre, n°51 suiv et M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, thèse préc., p. 383, n°381.

¹⁰⁷⁶ V. E. Claudel, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, préc., n°60.

¹⁰⁷⁷ V. les belles pages de J. Carbonnier sur l'équité dans son manuel, Droit civil, vol. 1, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, Manuels, 2004, pp. 22 suiv..

¹⁰⁷⁸ V. par ex. V. Cass. civ. 16 mars 1937, S. 1937.1.184 ; Cass. soc. 23 janv. 1948, JCP 1948. II. 4229 ; Cass. crim. 24 juill. 1967, JCP 1968. II. 15399 cités par C. Albiges, « Équité », Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2003, n° 23. C. Albiges dans sa thèse assigne deux objectifs à l'équité en droit privé : l'individualisation de la solution de droit et la garantie d'un équilibre entre des intérêts opposés. Il montre aussi que l'équité est circonscrite en droit privé à la résolution de certains litiges particuliers (après la suppression des juges de paix, celle-ci est cantonnée désormais dans le cadre de l'amiable composition ou encore dans la justice de proximité, car le juge dispose, en vertu du Nouveau code de procédure civile, d'une mission de conciliation des parties). En

Code de procédure civile¹⁰⁷⁹. En matière de contrat spécifiquement « à maintes reprises et pour toutes sortes de contrats, la Cour de cassation a affirmé que les juges du fond ne sauraient se comporter en « ministres d'équité » et rétablir l'équivalence des prestations en augmentant celle d'un contractant ou en diminuant celle de l'autre »¹⁰⁸⁰. Le juge ne peut donc recourir à l'équité que lorsque le législateur l'y invite expressément¹⁰⁸¹ ou lorsque par exemple, le contrat est silencieux — silence auquel il revient au juge de suppléer¹⁰⁸² — ou lorsque les parties invitent celui-ci à agir en amiable compositeur¹⁰⁸³. Les rares exemples d'intervention de certains juges du fond pour rétablir l'équilibre contractuel apparaissent cantonnés à certains domaines particuliers et, même dans ces domaines, ce type de solution est jugé « iconoclaste »¹⁰⁸⁴. Aussi, la question de l'équilibre contractuel ne doit-elle pas faire partie des préoccupations du juge. Laurence Fin-Langer a montré dans sa thèse que, dans l'ordre juridique classique le concept d'équilibre contractuel est d'abord impossible, car

dehors de la conciliation, le juge doit appliquer la règle de droit et n'applique donc l'équité que lorsque le législateur le prévoit (v. De l'équité en droit privé, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 329, 2000, p. 140 suiv.). V. aussi Serge Guinchard Frédérique Ferrand Cécile Chainais, Procédure civile, Dalloz, Coll. Précis, 29^e éd., sept. 2008, p. 610, n°686.

¹⁰⁷⁹ V. article 12 al. 1^{er} du code de procédure civile.

¹⁰⁸⁰ V. Y. Lequette, F. Terré, P. Simler, Droit civil, Les obligations, préc., p. 324, n°311.

¹⁰⁸¹ La Cour de cassation a estimé que le recours à l'équité était licite dans une seconde hypothèse : lorsqu'aucun texte ne trouvait à s'appliquer en matière d'enrichissement sans cause, mais elle s'est ensuite attachée à réduire la portée de cette innovation (v. C. Albiges, Équité, préc., n° 18).

¹⁰⁸² V. article 1135 du code civil. V. Y. Lequette, F. Terré, P. Simler, Droit civil, Les obligations, préc., p. 471.

¹⁰⁸³ V. article 12 al. 4 du code de procédure civile.

¹⁰⁸⁴ V. le comm. de D. Mazeaud sur l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007 (Rev. des contrats, 1 juillet 2008, n°3, p. 738). Dans cet arrêt la Cour d'appel a contraint les parties à « la renégociation du contrat (...) et les prévient qu'en cas d'échec des négociations, d'une part, la responsabilité du contractant, dont le comportement abusif aura été la cause de cet échec, sera retenue, d'autre part, elle se réserve, par voie d'interprétation, le droit de réviser la lettre du contrat si son esprit le commande ». Il s'agissait d'un contrat de cession de quota d'émissions de gaz à effet de serre qui s'était avéré déséquilibré car il avait entraîné des profits excessifs dans le chef d'une seule des parties. D. Mazeaud, commentant la motivation de la Cour, note à cette occasion la particularité de ces contrats : « la solidarité contractuelle procède ici du fait que les deux contractants participent en commun à l'objectif de protection de l'environnement mis en place par le législateur et elle doit se traduire par une répartition des bénéfices qui en résultent ; puisque l'accroissement de richesses produit par l'exécution du contrat résulte de la coopération des contractants, il est logique et juste que chacun en tire profit ». Le fondement de la solution est bien l'intérêt général, puisque comme le dit la Cour : « au-delà d'une atteinte équitable aux intérêts particuliers de la société N., qui pourrait déjà justifier une renégociation de la convention, l'économie du contrat litigieux et la pratique concernée des parties ont aussi pour finalité de réduire les émissions de gaz polluants, ce qui profite évidemment à l'intérêt général, non seulement au plan national, mais surtout au plan planétaire, du moins en l'état des connaissances scientifiques majoritairement approuvées ». Cette solution n'a, pour D. Mazeaud, que peu d'avenir car elle impose une renégociation du contrat dans une hypothèse qui n'est pas celle envisagée traditionnellement par la jurisprudence : la responsabilité d'un contractant peut être engagée sur le fondement d'un refus de renégociation d'un contrat que lorsqu'à la suite d'un changement de circonstances, « l'exécution du contrat était devenue onéreuse à l'excès pour un des contractant, dans la mesure où celui-ci ne pouvait plus pratiquer de prix concurrentiels ». Cet arrêt envisage en outre une révision judiciaire du contrat en cas d'échec de la renégociation, solution qui est écartée par la Cour de cassation depuis l'arrêt Canal de Craponne (v. B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », in Durées et contrats, Rev. des contrats, 2004, pp. 67 suiv. ; D. Mazeaud, « La révision du contrat », Les petites affiches, 30 juin 2005, pp. 4 suiv.). V. aussi le comm. M. Boutonnet, « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre », Recueil Dalloz 2008 p. 1120. V. aussi L. Aynès, « Le devoir de renégocier », Rev. de jurisprudence commerciale, 1999, pp. 11-19, spéc. p. 15, n°14

inconcevable et dangereux étant donné la conception classique de l'autonomie de la volonté¹⁰⁸⁵.

Le même rejet se retrouve en droit anglais.

ii — Le droit anglais

311. Le rejet de l'équité en *common law* est aussi très net : Lord Hoffmann affirme ainsi clairement que « le principe selon lequel l'équité empêcherait l'exécution des droits légaux lorsqu'il apparaîtrait inadmissible de le faire a une portée attractive. Mais les raisons pour lesquelles les tribunaux ont rejeté de telles généralisations ne sont pas simplement fondées en droit... mais aussi sur des considérations économiques »¹⁰⁸⁶.

Rejetée en droit français et anglais des contrats, l'équité a tout de même droit de citer dans les ordres juridiques des deux pays, sous d'autres formes.

iii — Les solutions traditionnelles à l'équité dans les contrats

312. On ne peut que constater à cet égard que c'est le droit public qui, en France, s'est occupé de la question de l'équité dans le contrat à travers la jurisprudence sur l'équilibre financier qui « admet que, dans certaines conditions, le cocontractant puisse faire valoir un véritable droit au rétablissement de cet équilibre lorsque certaines causes ont entraîné sa rupture. Par là, la théorie du contrat administratif apparaît encore marquée d'originalité par rapport à celle des contrats civils dans laquelle, en ce qui concerne l'exécution du contrat, l'idée d'équilibre ou d'équivalence des prestations ne se traduit guère que sous la forme de l'exception d'inexécution »¹⁰⁸⁷.

En droit anglais, la notion de *frustration* introduit une part d'équité, mais celle-ci est rejetée comme fondement du pouvoir d'intervention du juge : « nulle Cour n'a le pouvoir d'absoudre », déclare le Viscount Simon, « pour venir en aide à un contractant »¹⁰⁸⁸. Le droit anglais des contrats semble ainsi plus dur, l'inexistence d'un droit public des contrats ne permettant pas de réintroduire une certaine part d'équité, particulièrement lorsque la puissance publique est une des parties.

Or, en droit de la régulation, l'équité est une notion centrale.

¹⁰⁸⁵ V. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 366, 2002 spéc. titre 1, p. 31 suiv..

¹⁰⁸⁶ V. [1997] A.C. 514, p. 218. Traduction de : « The principle that equity will restrain the enforcement of legal rights when it would be unconscionable to insist upon them has an attractive breadth. But the reasons why the courts have rejected such generalisations are founded not merely upon authority ... but also upon considerations of business. ». Dans cette affaire le Privy Council a refusé d'ordonner l'exécution d'un contrat pour la vente d'un terrain dont l'acheteur avait acquitté le prix dix minutes trop tard. V. sur cette question *Chitty on Contracts* 30th ed., n°1-023.

¹⁰⁸⁷ V. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, préc., p. 716, n°716. L. Vidal a ainsi montré dans sa thèse que l'un des fondements de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'équilibre financier du contrat administratif est l'équité (v. L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 860).

¹⁰⁸⁸ « No Court has an absolving power », in *British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd* (1952) A.C. 166. V. le développement à ce sujet de R. David et D. Pugsley qui rejettent la notion d'équité comme fondement de la *frustration* in *Les contrats en droit anglais*, L.G.D.J., 2^e éd., 1985, p. 312, n°427 (« l'équité comme fondement trop vague »).

313. Or, justement, le législateur, dans les secteurs étudiés, invite expressément les autorités administratives à décider en équité¹⁰⁸⁹. On retrouve cette exigence en matière audiovisuelle¹⁰⁹⁰, en matière ferroviaire¹⁰⁹¹ et de communications électroniques¹⁰⁹². Les textes relatifs aux secteurs postal, énergétique, cinématographique et de la propriété intellectuelle ne comprennent pas de référence à cette notion.

314. La situation est un peu différente au Royaume-Uni. Le législateur a voulu, au contraire, encadrer très strictement le pouvoir d'intervention de l'autorité administrative sectorielle dans les contrats en la contraignant, en tout cas pour la fixation des tarifs, à observer des règles de tarification strictes¹⁰⁹³. Toutefois, la notion d'équité est présente dans de nombreuses décisions. Ainsi, l'affaire T-Mobile¹⁰⁹⁴, requête en *judicial review* né à la suite de la question posée par le Directeur général des télécommunications à la Commission de la concurrence sur les prix de terminaison d'appel, a mobilisé comme notion centrale celle de prix équitable. La Commission de la concurrence ayant conclu que les prix pratiqués n'étaient pas équitables.

La fonction de règlement des différends apporte donc une réponse au problème du pouvoir dans les relations contractuelles, en offrant une voie de recours face à l'opérateur historique. La notion d'équité, centrale dans l'office de l'autorité de régulation, manifeste clairement ce qui oppose le droit général des contrats au droit sectoriel.

Il faut à présent étudier un autre aspect de la relation entre le règlement des différends devant les autorités de régulation et la théorie générale des contrats : la manière dont ce mécanisme offre une solution au refus de contracter.

2 — *Le droit des contrats et la décision de contracter*

Le problème du refus de contracter n'est pas traité par le droit des contrats anglais et français (a). Les hypothèses d'encadrement du refus de contracter semblent bien inadaptées aux problèmes des secteurs régulés (b), de même que les sanctions que le droit des contrats prévoit dans ces deux pays (c). Le droit de la régulation et, dans une moindre mesure, le droit de la concurrence permettent de surmonter cette difficulté (d). Au total, l'encadrement de la

¹⁰⁸⁹ V. à ce sujet F. Fontaine, G. Weigel, « Principe d'équité et droit de la régulation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, mai 2008, n°38.

¹⁰⁹⁰ V. article 3-1 de la loi de 1986 relative à la liberté de communications et surtout à l'article 17-1 de la même loi concernant le règlement des différends.

¹⁰⁹¹ V. notam. l'article 16 de la loi du 8 décembre 2009.

¹⁰⁹² V. art. 34-8-I-b et 36-8 du Code des postes et des communications électroniques. V. ainsi la décision de la Cour d'appel de Paris jugeant que « l'Autorité a exactement conclu qu'il convenait seulement d'examiner si, compte tenu des prestations fournies par les deux parties, les conditions financières du contrat et, en particulier, le reversement prévu au profit de Le Numéro ne présentaient pas un caractère inéquitable pour celle-ci » (cité in F. Fontaine, G. Weigel, « Principe d'équité et droit de la régulation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2008, n° 38, pp. 87-94, spéc., p. 92).

¹⁰⁹³ La fameuse règle de RPI-X inaugurée depuis le début des réformes des années 1980 avait ainsi pour objectif de contraindre le pouvoir discrétionnaire de l'autorité sectorielle.

¹⁰⁹⁴ V. *The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications* [2003] EWHC 1566 Admin.

décision de contracter, et surtout de son refus, apparaît mal adapté aux objectifs des secteurs régulés (e).

a — Le refus de contracter en droit français et anglais

315. Le droit civil des contrats repose sur le principe de liberté contractuelle lequel tient sa source dans la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁰⁹⁵. Ce principe est commun aux deux pays à l'étude¹⁰⁹⁶.

Pour François Terré, Yves Lequette et Philippe Simler, la liberté contractuelle implique d'abord la liberté de contracter ou de ne pas contracter : « Il n'y a pas d'obligation juridique de contracter. Nul n'est forcé d'entrer en relation avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas. Le refus de contracter n'est qu'une manifestation de la liberté »¹⁰⁹⁷. La jurisprudence en a tiré la conséquence que chacun doit être libre d'accepter de contracter sur le double fondement de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de propriété : « La liberté du commerce et de l'industrie proclamée par la Révolution (L. 2-17 mars 1791), ainsi que le caractère absolu du droit de propriété, ont conduit notre jurisprudence à admettre qu'une personne était libre de refuser de contracter avec une autre »¹⁰⁹⁸. Le Code civil permet d'ailleurs de prononcer la nullité pour vice de consentement des contrats signés sous la contrainte¹⁰⁹⁹. En sorte que, contrairement au régime qui prévaut dans les droits sectoriels de la régulation étudiés il « n'existe pas de moyen de forcer un individu à contracter quand il reste totalement inerte »¹¹⁰⁰.

316. Le *common law* refuse aussi de forcer un individu à contracter. Comme en droit français, le *common law* régleme les motifs du refus qui ne peuvent être fondés sur un motif discriminatoire¹¹⁰¹ par exemple. Le *common law* connaît une exception à ce principe avec la jurisprudence relative aux *common carrier*¹¹⁰². Les métiers que le juge ou le

¹⁰⁹⁵ V. sur ce point, F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, Droit civil : les obligations, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, Droit privé, 2009, p. 31. V. aussi L. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », AJDA 1998 p. 676.

¹⁰⁹⁶ V. S.J.H. Gijrath, Interconnection Regulation and Contract Law, deLex B.V., Amsterdam, 2006, spéc. pp. 271 suiv..

¹⁰⁹⁷ V. F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, Droit civil : les obligations, préc., n° 24.

¹⁰⁹⁸ V. F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, Droit civil : les obligations, préc., n° 125. V. aussi : « Or, la Cour de cassation a toujours fait prévaloir la liberté contractuelle - dans son aspect négatif de liberté de ne pas contracter - et n'a jamais imposé la conclusion forcée d'un contrat lorsque l'une des parties a manifesté sa volonté de ne pas le conclure avec l'autre » (J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », RTD Civ. 2000 p. 25). V. aussi O. Barret, « Variations autour du refus de contracter », Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, pp. 3-24.

¹⁰⁹⁹ V. les articles 1111 et 1112 relatifs à la violence, vice du consentement.

¹¹⁰⁰ V. J.-C. Serna, Le refus de contracter, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome n° 76, 1967, p. 163 et s., cité par L. Cadiet, P. le Tourneau, Abus de droit, Répertoire civil Dalloz, 2e éd. 2008, n° 79.

¹¹⁰¹ V. Chitty on Contracts, préc., n° 1-016. Il est ainsi interdit de discriminer une personne en raison de son sexe (v. Sex Discrimination Act 1975, art. 6(1)(c)), de son origine raciale (Race Relations Act 1976 art. 4(1)(c), 17, 20 et 21) ou de son handicap (Disability Discrimination Act 2005).

¹¹⁰² La définition du *common carrier* donnée par le juge Bailhache dans la décision *Belfast Ropework Co Ltd v Bushell* est la suivante : « to make a man a common carrier he must carry as a public employment; he must carry for all indifferently; he must hold himself out as ready to carry for hire as a business and not as a casual occupation pro hac vice [i.e. on this occasion]. He is sometimes described as a person who undertakes for reward to carry the goods of such as choose to employ him from place to place. To this I think it would be safe to add

législateur qualifient ainsi sont dans une obligation de contracter. Les entreprises de services publics en réseau des secteurs étudiés sont ainsi toutes tenues de répondre aux demandes des usagers¹¹⁰³. Une autre manière dont le *common law* traite le refus de contracter est l'angle du « *restraint of trade* ». Si le refus de contracter constitue une restriction déraisonnable au droit de toute personne d'exercer sa profession, celle-ci peut obtenir réparation devant les tribunaux¹¹⁰⁴. Mais pour J. Beatson aucune de ces deux voies n'a connu de développement au Royaume-Uni¹¹⁰⁵. En l'absence de disposition législative précise, les tribunaux n'imposent pas d'obligation de contracter en droit anglais¹¹⁰⁶.

Dans quelles hypothèses les droits anglais et français des contrats acceptent-ils d'encadrer le refus de contracter ?

b — Les hypothèses d'encadrement du refus de contracter en droit anglais et français des contrats

317. En dehors des cas de contrats imposés¹¹⁰⁷, les droits privés anglais et français n'encadrent le refus de contracter que dans le cas où il y a une offre. Or, au départ, on peut supposer que les opérateurs historiques n'ont aucune envie de faire une offre de contracter¹¹⁰⁸. C'est donc la loi qui, en quelque sorte, crée une offre en conférant un droit d'accès ainsi qu'un devoir de négociation (la directive « accès » précise d'ailleurs que ce devoir de négociation doit être accompli de bonne foi¹¹⁰⁹). Par analogie, on pourrait dire que le droit des contrats va encadrer, par exemple, la manière dont s'effectue la vente d'un bien en examinant que les motifs du refus ne sont pas discriminatoires ; en revanche, il est constant que le juge ne forcera pas une partie à vendre un bien qu'il n'a jamais eu la volonté de vendre : « C'est

the words 'at a reasonable rate'. All other carriers by land are private carriers. » ([1918] 1 K.B. 210). V. sur cette notion Graham McBain, « Time to abolish the common carrier », *Journal of Business Law*, 2005, p. 545-596 et la thèse de L. Gorton, *The concept of the common carrier in Anglo-American law*, Elanders boktryckeri aktiebolag, 1971. Sur les ressemblances entre le régime du *common carrier* et celui du service public : V. D. Custos, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, Montréal, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999, spéc. pp. 260 suiv.. Dominique Custos analyse ici le cas de la notion aux Etats-Unis, mais cette notion est emprunté au *common law* anglais. L'intervention et la place de la puissance publique est certainement ce qui différencie les deux notions.

¹¹⁰³ V. par ex. Gas Act 1986, article 10 ; Electricity Act 1989, article 16 (ajouté par Utilities Act 2000, article 44).

¹¹⁰⁴ V. J. Beatson, « The role of statute in the development of *common law* doctrine », 2001, L.Q.R., p. 258.

¹¹⁰⁵ J. Beatson, « The role of statute in the development of *common law* doctrine », préc., p. 258.

¹¹⁰⁶ V. les propos nets sur ce point de Lord Hoffmann dans la décision *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* (1993) 1 W.L.R. 909. Toutefois, il existe des situations – en dehors des cas de contrats obligatoires – dans lesquelles les tribunaux disposent du pouvoir de forcer à contracter : v. sur ce point P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, préc., p. 742 suiv. pour les *compulsory contracts* et p. 749 pour les pouvoirs du juge consistant à forcer à contracter.

¹¹⁰⁷ V. par ex. en matière d'assurance (pour l'assurance automobile, v. Code ass. Art. L. 211-1, etc.).

¹¹⁰⁸ Les États-Unis ont tenté de résoudre ce problème d'intérêt en liant l'ouverture du monopole téléphonique local à la possibilité d'accéder au marché des communications à longue distance. En d'autres termes les opérateurs locaux ne pouvaient accéder au marché des communications à longue distance qu'à la conditions d'ouvrir leur réseau local.

¹¹⁰⁹ V. article 12 §1 de la directive accès et considérant n°5. V. aussi S.J.H. Gijrath, *Interconnection regulation and contract law*, préc., p. 275, n°6.3.2.

ainsi que le propriétaire d'un terrain rocheux n'ayant aucune utilité pour lui peut refuser de le vendre même pour le triple de sa valeur »¹¹¹⁰.

318. Le droit civil français connaît néanmoins des cas où le refus de contracter peut être traité par le juge. D'une part, de manière générale, le refus ne peut être fondé sur « la déloyauté, l'inconstance, voire la violation d'un engagement »¹¹¹¹. Ensuite, des régimes spéciaux peuvent, en droit civil encadrer ces refus : le régime du refus de vente dans les rapports entre professionnels et consommateurs est, depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, frappé d'une sanction pénale¹¹¹². Dans les rapports entre professionnels, le refus de vente a été abrogé par la loi du 1^{er} juillet 1996¹¹¹³. Des régimes spéciaux peuvent aussi encadrer le refus du cocontractant si celui-ci est fondé sur une discrimination prohibée par exemple¹¹¹⁴. Mais le régime du droit privé emporte-t-il une dérogation à la liberté contractuelle ? On peut en douter : « Ceci étant, à bien y réfléchir, il est permis de se demander si, dans tous ces cas, il y a dérogation au principe de la liberté contractuelle. On pourrait en effet soutenir que la plupart des personnes visées — service public, officier ministériel, commerçant — sont en situation d'offre permanente, ce qui aurait pour conséquence que la manifestation émanant du client ne devrait pas s'analyser en une offre, mais en une acceptation. Dès lors, le contrat étant formé, il est parfaitement logique que le professionnel ne puisse refuser sa prestation »¹¹¹⁵. Au surplus, les différents régimes de refus

¹¹¹⁰ V. F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, *Droit civil : les obligations*, préc., n° 125. Ces auteurs citent cet arrêt : 24 novembre 1924, S. 1925.1.217 note J. Brèthe de la Gressaye. Cette idée est aussi consubstantielle à la liberté contractuelle que les tribunaux défendent en Angleterre : v. Chitty on Contracts, préc., n°27-073.

¹¹¹¹ V. O. Barret, « Variations autour du refus de contracter », préc., p. 7. V. aussi A.-S. Dupré-Dallemagne, « Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », *Recueil Dalloz* 2004 p. 869. Cet auteur cite P. Stoffel-Munck, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, spéc. n° 121, p. 101.

¹¹¹² V. article L. 122-1 du Code de commerce et la sanction contraventionnelle (contraventions de la 5^e classe) prévue à l'article R. 121-13 du même code. Il faut préciser que cette infraction de discrimination est intentionnelle, « de sorte qu'un refus de contracter, en l'absence d'élément moral, ne saurait être regardé comme tombant sous le coup des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal » (v. Lamy Droit du contrat, n° 105-32, *Discriminations illicites*). V. aussi sur l'histoire de cette incrimination Lamy Droit Pénal des Affaires 2010, n° 2601, *Refus de vente ou de prestation de service, Naissance de l'incrimination*. V. aussi les développements de J. Mestre, « La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale, mais non absolue », *RTD Civ.* 1999 p. 79.

¹¹¹³ V. Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (*J.O.R.F.*, 3 juillet 1996, p. 9983).

¹¹¹⁴ V. O. Barret, « Variations autour du refus de contracter », préc., p. 16 suiv.

¹¹¹⁵ V. F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, *Droit civil : les obligations*, préc., n° 125, p. 143. V. aussi les réserves sur cette analyse exprimées par M. Chagny (*Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse préc., p. 320, n°312) et J.-L. Aubert (*Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1970, tome 109, pp. 314-315, n°340). M. Chagny préfère ainsi affirmer que « force est d'admettre que l'offre adressée au public par le professionnel est "assortie d'une réserve expresse ou tacite d'agrément" et que ledit agrément est nécessaire à la formation du contrat. Dès lors, et quoiqu'il en coûte, il faut reconnaître (...) que le consentement est bel et bien contraint, la conclusion du contrat étant à proprement parler imposée » (thèse préc. n°312).

de contracter ne réglementent en réalité que les motifs du refus¹¹¹⁶, étant entendu que certains refus sont licites¹¹¹⁷.

319. Le même raisonnement peut être tenu en Angleterre. Le refus de contracter est tout à fait licite sauf si la loi l'interdit, mais en général celle-ci n'encadre que les motifs qui ne doivent pas être fondés sur une discrimination¹¹¹⁸. De surcroît, il est possible que le Human Rights Act permette aussi de réglementer les refus de contracter. L'article 6 de cette loi qui transpose la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme rend illégaux les actes des autorités publiques contraires aux droits reconnus dans ce texte. Les tribunaux ont ainsi jugé qu'il fallait lire cette disposition comme comprenant non seulement une action positive, mais aussi une action négative, autrement dit un refus d'agir. Aussi le juge Silber a-t-il reconnu que le refus de contracter d'une collectivité locale agissant dans l'exercice de compétences légales, pouvait être contrôlé sur le fondement de cet article¹¹¹⁹.

Mais, même si le droit des contrats peut permettre, dans certains cas limités, d'encadrer le refus de contracter, les sanctions qu'il offre sont inadaptées aux objectifs de la régulation.

c — L'inadaptation des sanctions du refus de contracter en droit des contrats anglais et français

Les sanctions que le droit civil comporte pour ces différents refus sont aussi très différentes de celles des droits sectoriels à l'étude.

320. C'est un régime de responsabilité civile qui est mis en place et qui comporte des limites : « Chaque fois que la jurisprudence a admis la responsabilité de l'auteur d'un refus de contracter, il y avait soit manquement à une obligation contractuelle (à l'encontre d'un promettant qui n'a pas respecté son engagement), soit violation d'une disposition légale (prohibant le refus de vendre ou d'une prestation de services) »¹¹²⁰. Il est toutefois possible d'envisager que le juge force à contracter en recourant à l'exécution en nature : « La réparation en nature d'un refus de contracter est en effet l'obligation de passer le contrat litigieux »¹¹²¹. Il existe aussi des cas, sur le fondement de textes spéciaux, d'injonctions judiciaires de contracter, contraignant ainsi le consentement au contrat¹¹²².

¹¹¹⁶ V. les exemples cités par F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, *Droit civil : les obligations*, préc., n° 125, p. 143 : l'article 54 de la loi du 1^{er} septembre 1948 qui interdit à un propriétaire de fonder sa décision de refus de louer certains locaux sur le nombre d'enfants du candidat locataire ; un employeur ne peut prendre en considération l'appartenance syndicale d'un travailleur pour lui refuser un emploi (article L. 2141-5 du Code du travail). On voit que l'ensemble des régimes cités par les auteurs du précis de droit civil concernent les motifs de la décision.

¹¹¹⁷ V. l'analyse de la jurisprudence *in* Lamy Droit du contrat, n°245-23, Pollicitations et refus de contracter discriminatoires. Cet ouvrage cite comme exemple : « Ainsi, un restaurateur en état d'offre peut subordonner l'accès à ses locaux au port d'une tenue vestimentaire correcte ».

¹¹¹⁸ V. Chitty on Contracts, préc., n° 27-073.

¹¹¹⁹ V. R. (on the application of Haggerty) v St Helens BC [2003] H.L.R. 69.

¹¹²⁰ V. L. Cadiet, P. le Tourneau, *Abus de droit*, avril 2008, n° 79. V. aussi C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », préc..

¹¹²¹ V. Frédérique Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD Civ.* 1990 p. 369.

¹¹²² V. sur ce point E. Claudel, « Les injonctions », *Petites affiches*, 20 janvier 2005 n° 14, p. 23 (spéc. II). V. aussi les ex. donnés par O. Barret, « Variations autour du refus de contracter », préc., p. 4 (en matière de divorce ou de redressement et liquidation judiciaire).

321. En *common law* en revanche, il n'est pas rare que le juge accorde une injonction de contracter lorsque le refus est fondé sur des raisons prohibées par la loi ou qui restreignent le droit de travailler¹¹²³. Il est aussi possible de demander des dommages et intérêts en lieu et place de l'injonction¹¹²⁴.

Le refus de contracter, mal appréhendé par le droit des contrats, l'est aussi par le juge du contrat lorsque celui-ci peut être amené à manier le droit de la concurrence.

d — Le refus de contracter et le droit de la concurrence

322. Le refus de contracter pourrait aussi être traité adéquatement par le droit de la concurrence, mais dans des cas particuliers : le refus doit manifester l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Toutefois, la Commission européenne estime que, pour qu'un refus de vente constitue un abus et soit condamné sur le fondement du droit de la concurrence, il faut que le refus de contracter soit le fait d'une entreprise en position dominante et qu'il empêche un concurrent d'accéder au marché¹¹²⁵. Il n'y a pas de règle générale en la matière, car seule une analyse au cas par cas permet de préserver la liberté contractuelle de l'entreprise¹¹²⁶. Néanmoins, en France, le code de commerce vise le refus de vente comme constituant notamment l'abus de position dominante¹¹²⁷. De surcroît, l'abus de dépendance économique peut aussi permettre d'appréhender le problème du refus de contracter après la disparition du refus de vente entre professionnels, le refus de vente étant un exemple d'abus aux termes du code¹¹²⁸. En Angleterre aussi le refus de contracter qui manifesterait un abus de position dominante serait traité adéquatement par le droit de la concurrence¹¹²⁹.

323. Mais, en France, le juge est réticent à forcer à contracter sur le fondement du droit de la concurrence : ainsi, la Cour de cassation affirme-t-elle que l'article L. 420-3 du code de commerce « ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner la conclusion d'un contrat ou son renouvellement »¹¹³⁰. Encore une fois, ce n'est pas la position du juge anglais qui a

¹¹²³ V. Chitty on Contracts, préc., n° 27-074 (discriminations prohibées par la loi) et n° 27-075 (refus qui restreignent le droit de travailler).

¹¹²⁴ V. Chitty on Contracts, préc., n° 27-077.

¹¹²⁵ V. Lamy Droit Économique 2010, n° 1528, Refus de vente ou de prestations de services. La jurisprudence a précisé dans les arrêts Magill et IMS que trois caractéristiques devaient être remplies pour que l'abus soit constitué : « le refus de licenciement porte sur un produit ou un service indispensable à l'exercice d'une activité particulière sur un marché connexe ; le refus empêche l'émergence d'un produit ou d'un service pour lequel il existe une demande potentielle ; le refus exclut toute concurrence sur le marché connexe en question » (v. Ch. Montet, « Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », Revue Lamy de la concurrence, 2008, n°17, 10-2008, n°11). V. les jurisprudences Magill (C.J.C.E., 6 avr. 1995, aff. jtes. C-241/91 P et C-242/91 P, RTE et ITP c. Commission), IMS (CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, IMS Health c/ NDC Health) et Microsoft (TPICE gde ch. 17 sept. 2007, aff. 201/04, Microsoft e.a. c. Commission). V. J. Riffault-Silk, « Droit des contrats et régulation économique », Revue Lamy de la concurrence - 05-2005, n°3, étude 3-79.

¹¹²⁶ V. l'analyse de M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 32, 2004, pp. 293 suiv., n°286 suiv..

¹¹²⁷ V. l'article L. 420-2 al. 1 du Code de commerce.

¹¹²⁸ V. l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce. V. aussi M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, préc., p. 297, n°289.

¹¹²⁹ V. Chitty on Contracts, préc., n° 42-064.

¹¹³⁰ V. Cass., comm., 24 octobre 2000 : V. Recueil Dalloz 2000, p. 429, obs. A. Marmontel ; RTD civ. 2001.163, obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2001.140, comm. J. Mestre. Cet arrêt est cité par M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », RTD Civ. 2004 p. 451.

accepté d'émettre une injonction dans le cas d'un refus de contracter contraire au droit de la concurrence¹¹³¹.

Il faut à présent confronter ces solutions aux impératifs des secteurs régulés, pour montrer à quel point les principes et les outils du droit des contrats offrent des recours maladaptés dans les secteurs régulés.

e — Les impératifs des secteurs régulés

324. Ces principes du droit des contrats tant français qu'anglais apparaissent en contradiction frontale avec le régime des secteurs à l'étude. L'objet de la fonction de règlement des différends est justement de surmonter le refus de contracter : les textes précisent bien que les différentes autorités peuvent être saisies dans des cas de « refus » ou de « désaccord » concernant l'accès ou l'interconnexion¹¹³². Il s'agit précisément de réduire les prérogatives contractuelles de l'opérateur économique, ce que le juge français reconnaît d'ailleurs en affirmant « que, s'agissant de ses prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication »¹¹³³. Il n'y a pas d'arrêt au Royaume-Uni qui exprime la même idée dans le même contexte : les décisions de règlement des différends ne sont pas mises en question sur ce fondement, si bien que le juge n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. On peut toutefois établir une analogie avec des décisions juridictionnelles où le juge est venu accepter la restriction à la liberté contractuelle sur le fondement du droit de la concurrence ou du droit sectoriel. Le Competition Appeal Tribunal a ainsi exprimé cette idée, estimant que « la responsabilité des firmes dominantes l'emporte sur leur liberté de se comporter comme elles le souhaitent au détriment de la concurrence »¹¹³⁴. De même, à l'occasion d'un recours en *judicial review* contre une injonction de l'Independent Television Commission, les juges ont estimé l'autorité en question avait bien reçu du législateur la compétence de restreindre la liberté contractuelle des titulaires de licences¹¹³⁵.

325. Cette analyse montre bien que les droits communs (droit civil et droit de la concurrence) n'offrent pas de solutions efficaces pour forcer à contracter afin d'ouvrir un secteur à la concurrence. C'est la raison, toute pragmatique, qui explique le recours à la procédure contraignante du règlement des différends devant l'autorité sectorielle. L'expérience, bien résumée par un manuel édité par la Banque Mondiale, montre en effet que si les concurrents

¹¹³¹ V. *Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board* [1994] A.C. 130, cité in *Chitty on Contracts*, préc., n° 27-074. Le juge peut aussi accorder des dommages et intérêts dans ce cas.

¹¹³² Ce critère se retrouve dans les directives (v. par ex. article 12§1 de la directive 2002/19/CE) et dans la loi (v. article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques ; article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité). Dans le domaine du cinéma on ne retrouve pas ces termes, mais ils sont implicites car seul un refus peut justifier la saisine du Médiateur. La même remarque est valable dans le secteur audiovisuel.

¹¹³³ V. Cour d'appel de Paris, 1re ch. H, 28 avril 1998, n° 97/17847, *France Télécom c. Sté Paris TV Câble (SLEC)*.

¹¹³⁴ V. *Office of Fair Trading v W. Austin & Sons & Ors* [2005] CAT 25 (6 July 2005), spéc. §337.

¹¹³⁵ V. *R. v Independent Television Commission Ex p. Flextech Plc* [1999] E.M.L.R. 880.

sont laissés libres de négocier et, si les autorités en question refusent de trancher les litiges, on constate un retard dans l'ouverture du marché¹¹³⁶.

La fonction de règlement des différends permet donc aux nouveaux entrants sur les différents marchés de trouver une solution tant à la question du pouvoir dans les relations contractuelles qu'à celle du refus de contracter des opérateurs dominants, lesquels n'y ont aucun intérêt. On verra ensuite que le règlement des différends s'affirmant nettement comme un mode de réglementation des contrats, il se distingue en cela du droit des contrats.

3 — *Le droit des contrats et le contenu du contrat*

Par rapport au droit des contrats, le règlement des différends est bien un mode de réglementation (a). Or, le droit des contrats ne poursuit pas un tel but, indifférent qu'il est à la notion d'intérêt général (b). La fonction de règlement des différends permet ainsi de conformer le contenu du contrat à l'intérêt général et permet enfin de résoudre le problème de la fixation du prix dans les contrats (c).

a — Le règlement des différends est un mode de réglementation du contenu du contrat

Le règlement des différends offre une solution à la fixation, au cas par cas, du contenu du contrat, car il s'agit bien d'une forme de réglementation.

326. L'office des autorités administratives de règlement des différends n'est pas seulement procédural, il s'agit de contraindre les relations contractuelles à respecter les principes posés par le législateur, à orienter les contrats dans une direction particulière. Ainsi, la doctrine en France n'hésite pas à affirmer que le règlement des différends est en réalité une forme de réglementation¹¹³⁷, affirmation que l'on retrouve aussi au Royaume-Uni¹¹³⁸ et que les juges n'hésitent pas à rappeler¹¹³⁹. En d'autres termes, il s'agit de contraindre les contrats à

¹¹³⁶ V. Telecommunications Regulation Handbook, ed. par H. Intven, The World Bank, 2000, p. 1.21

¹¹³⁷ V. M.-A. Frison-Roche, « Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10^e forum de la régulation », Petites affiches, 22 octobre 2004, n° 212, p. 6 ; M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends – Entre office de régulation et office juridictionnel civil », p. 274 suiv., in Les risques de régulation, ss la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005.

¹¹³⁸ V. Ofcom, Draft Enforcement Guidelines, Ofcom's draft guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes concerning regulatory rules, 6 July 2006, p. 31, §6.1. V. par ex. cette décision de règlement : Ofcom, Determination to resolve a dispute between Rapture Television plc and British Sky Broadcasting Ltd about EPG listing charges, p. 22, §4.6.

¹¹³⁹ V. Competition Appeal Tribunal, *Hutchison 3G (UK) Limited v. The Office of Communications*, 29 November 2005, [2005] CAT 39, §138. Ce tribunal est très clair sur ce point : « It is not actually a full third party arbitral mechanism of the kind one sees in, for example, a rent review clause. The arbiter in clause 13 is the regulator [cette clause est la clause qui insère dans l'accord d'interconnexion la possibilité de porter les différends entre les parties au contrat devant Ofcom]. The regulator's powers are conferred and constrained by statute, and while Ofcom's are extensive they do not include the power to be a third party arbitrator. In truth clause 13 does not invoke that latter sort of status. The sort of dispute that clause 13 contemplates is a form of interconnection dispute, which OFCOM would resolve as regulator, not as a third party dispute resolver. Its intervention would therefore be as regulator, and would be a form of regulation. It therefore falls to be disregarded, as a matter of principle, just as OFCOM's general presence as a regulator with a potential effect on the conduct of the putatively regulated person falls to be disregarded, for the reasons given above. This is the same point that we have considered and dealt with above. Accordingly we do not consider that the Clause 13 mechanism for dispute resolution has any material effect on the question of whether H3G had or has SMP ».

respecter les objectifs généraux de politique publique fixés par les textes. Ceci est très manifeste dans l'audiovisuel en France où les décisions de règlement des différends ont pour objectif de faire respecter l'objectif de pluralisme que le législateur et la Constitution requièrent du secteur¹¹⁴⁰.

327. L'office de l'autorité de régulation se distingue donc nettement de celui du juge civil, c'est ce qui a poussé Claude Champaud à développer la notion de magistrature économique¹¹⁴¹. Cette magistrature se caractérise justement par une atténuation de la dichotomie juridiction et administration, de la « distinction entre la formulation et l'application de la norme, dans un système où les instances, même les plus « juridictionnelles » participent au gouvernement de l'économie »¹¹⁴². Dans leur tâche de règlement des litiges, les autorités de régulation sont ainsi davantage guidées par des considérations d'opportunité que des considérations de légalité¹¹⁴³ ; ce sont bien, comme le souligne Jean Marimbert, « des autorités administratives auxquelles on demande de se comporter assez largement comme des juges »¹¹⁴⁴. On comprend donc, dans ce cadre, à quel point le procès civil est inadapté au rôle que l'on souhaite assigner au contrat dans les secteurs étudiés.

328. Il est possible d'analyser ce point à travers plusieurs aspects. D'abord, et fondamentalement, le droit de la régulation tente de résoudre le problème de l'indifférence du droit des contrats aux impératifs d'intérêt général. Ensuite, le droit sectoriel tente de résoudre le problème de la fixation du prix du contrat que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est venue libéraliser.

b — Le droit des contrats et l'intérêt général

Le problème que tente de résoudre le règlement des différends est celui de l'indifférence du droit des contrats aux impératifs d'intérêt général.

¹¹⁴⁰ V. par ex. la décision très nette du Conseil supérieur de l'audiovisuel où celui-ci affirme que : « La compétence de règlement des litiges confiée au Conseil le conduit à préciser les conditions permettant d'assurer le respect des principes relatifs à la qualité et à la diversité des programmes » (Conseil supérieur de l'audiovisuel, décision n° 2007-471 du 17 juillet 2007 relative à un différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite). Le Conseil constitutionnel a érigé le principe de pluralisme des courants d'expression socioculturels en objectif à valeur constitutionnelle en matière de presse (v. décision Entreprises de presse, 84-181 DC, §38, v. Grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc., n°34) et d'audiovisuel (v. décision Conseil supérieur de l'audiovisuel, 1989, 248DC, v. Grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc., n° 39). Le Conseil a réaffirmé l'importance du pluralisme dans le domaine de la communication à de nombreuses reprises (v. les décisions n°93-333 DC du 21 janvier 1994, cons. 3 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 8 à 10 ; n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 16 à 18 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 23 ; n° 2009-576 DC du 3 mars 2009, cons. 3 et 4 et n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, cons. 3). V. aussi la thèse relative à cette notion P. Marcangélo-Léos, *Pluralisme et audiovisuel*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 240, 2004.

¹¹⁴¹ V. Cl. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique – Bilan de deux décennies », *Justices*, n°1, 1995, pp. 61-79 ; V. aussi les développements in L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, P.U.F., Coll. Thémis droit, 2010, pp. 183 suiv..

¹¹⁴² A. Pirovano, « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Rev. Justices* n° 1, janv.-juin 1995, pp. 15-33, spéc. p. 18.

¹¹⁴³ V. A. Pirovano, « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Rev. Justices* n° 1, janv.-juin 1995, pp. 15-33, spéc. p. 17 ; V. aussi sur ce point G. Farjat, *Droit économique*, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2e éd., p. 6.

¹¹⁴⁴ V. J. Marimbert, « L'office des autorités de régulation », *Petites affiches*, 3 juin 2002, n° 110, p. 73.

329. En France, le droit des contrats, issu de la « mystique révolutionnaire d'une liberté individuelle illimitée »¹¹⁴⁵, il n'envisage que les personnes individuelles. Comme le note Léon Duguit, « La Déclaration des droits de l'homme, le code Napoléon et tous les codes modernes, qui procèdent plus ou moins de ces deux actes, reposent sur une conception purement individualiste du droit »¹¹⁴⁶. Le droit des contrats est essentiellement neutre du point de vue de l'intérêt général, s'en reportant à la volonté des cocontractants. La conception de la liberté contractuelle en France fait de l'individu le seul juge de son intérêt, comme le dit très nettement le grand civiliste Planiol au XIX^e siècle un « patron a certainement le droit de choisir son personnel et d'éliminer les personnes qui se présentent en quête d'emploi à raison d'une qualité, licite d'ailleurs, mais qui ne lui plaît pas. Ainsi, on comprendrait qu'un patron désirât composer son personnel uniquement de gens de sa nationalité ou de sa religion, ou qu'il s'appliquât à écarter soigneusement de chez lui toute personne appartenant à une nationalité, à une religion, ou même à une opinion politique déterminée »¹¹⁴⁷. Cette citation doit toutefois être remise dans son contexte. Comme l'explique Christophe Jamin, la conception de la liberté contractuelle qui régnait au XIX^e siècle n'est pas celle qui domine aujourd'hui¹¹⁴⁸. Il n'en reste pas moins que le droit privé est fondamentalement gouverné par la notion d'intérêt. L'intérêt général peut même apparaître, en droit français, comme le critère de répartition des droits publics et privés : « Si un intérêt public est en jeu [...], il s'agit de droit public. Si ce sont des intérêts particuliers qui sont concernés, il est question de droit privé »¹¹⁴⁹. La prééminence de l'intérêt privé dans le droit civil a d'ailleurs des conséquences sur la procédure civile elle-même puisque, comme l'écrivent Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland « le droit judiciaire privé est irrigué par l'esprit du droit privé : tout y est principalement question d'intérêts particuliers »¹¹⁵⁰.

330. Le même constat peut être établi en droit anglais. Si des différences nombreuses de fond existent entre droits français et anglais, il y a néanmoins certains principes communs¹¹⁵¹. Le droit des contrats du *common law* érige l'intérêt personnel en priorité écartant, pour paraphraser le juge Cockburn, les questions de moralité ou d'honneur : « la question n'est pas celle de savoir ce qu'un homme de moralité scrupuleuse ou d'un honneur agréable ferait dans des circonstances similaires. Le cas présent de l'achat d'une propriété, au-dessous de laquelle se trouve une mine, fait inconnu du vendeur, est de ceux pour lequel un homme de conscience

¹¹⁴⁵ V. R. Savatier, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1945, pp. 11-12. R. Savatier tente dans cet ouvrage de manifester l'essor de ce que Léon Duguit appela en son temps la fonction sociale du droit privé et ce dans toutes ces branches (droit de la famille et des biens ou du droit de propriété et de la responsabilité civile).

¹¹⁴⁶ V. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Éd. La Mémoire du Droit, 1999, p. 8.

¹¹⁴⁷ V. M. Planiol, *Recueil Dalloz périodique* 1911, 2, p. 385, cité par C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », p. 178 in *Repenser le contrat*, ss la dir. de G. Lewkowicz et M. Xifaras Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009.

¹¹⁴⁸ V. C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », préc., p. 179-180.

¹¹⁴⁹ V. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 411, n°12, p. 12. Sur le lien entre intérêt général et marché : J.-P. Kovar, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse dactyl., Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, spéc. partie 1.

¹¹⁵⁰ Ces auteurs relativisent aussitôt cette assertion pour éviter une exagération. V. L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2009, n°12, p. 7.

¹¹⁵¹ V. *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (coord.), Société de législation comparée, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008, spéc. le passage sur la liberté contractuelle (section 1).

sensible ou d'honneur élevé serait réticent de prendre avantage de l'ignorance du vendeur ; mais il ne fait aucun doute que le contrat de vente de cette propriété engage les parties. » On retrouve des échos de cet individualisme dans les propos de Lord Ackner pour lequel une reconnaissance d'un devoir de négociier de bonne foi serait « foncièrement contraire à la position opposée des parties »¹¹⁵². La liberté contractuelle en *common law* signifie d'abord que les parties doivent être libres de négocier les termes de leur contrat, et ensuite que le rôle des tribunaux est limité à assurer l'exécution du contrat¹¹⁵³. On retrouve d'ailleurs en Angleterre des propos comparables à ceux de Plagniol sous la plume de Jevons : « Il est très beau pour les théoriciens et les philosophes de cabinet de se disputer pour savoir ce que les gens devraient faire ; mais si des statistiques incontestables nous apprennent que des milliers d'infortunés, dans les faits, sont broyés jusqu'à la mort, ou mutilés de différentes façons par des machines sans protection, celles-ci sont des calamités qu'aucune théorie ne peut alléger »¹¹⁵⁴.

331. La notion d'intérêt, présente en droit des contrats tant anglais que français, s'oppose donc à ce que les opérateurs historiques concluent des contrats pour laisser des concurrents utiliser leur réseau. C'est ce que l'expérience historique montre dans le domaine du gaz. Au moment de la réforme de ce domaine par le Gas Act de 1986, l'autorité sectorielle ne disposait pas de pouvoir de règlement des différends si bien que les premières tentatives d'accord avec l'opérateur historique échouèrent¹¹⁵⁵.

332. Il serait peut-être plus exact de dire que dans le libéralisme traditionnel, c'est la poursuite de l'intérêt particulier de chacun qui produit l'intérêt général. La notion d'intérêt était en effet, comme l'a bien montré Jean-Michel Poughon, au centre d'une société d'échange¹¹⁵⁶. Or, si cette conception est possible et même réaliste au XVIII^e siècle, époque à laquelle, faut-il le rappeler, la forme sociétaire n'existait pas et encore moins les grands réseaux¹¹⁵⁷, celle-ci semble aujourd'hui largement obsolète¹¹⁵⁸. Or, justement, le but du

¹¹⁵² V. (1992) 2 AC 128, spéc. p. 138. Traduction libre de : « inherently repugnant to the adversarial position of the parties ».

¹¹⁵³ V. par ex. les propos de Lord Diplock : « It is no part of the function of a court of justice to dictate to charterers and shipowners the terms of the contracts into which they ought to enter on the freight market; but it is an important function of a court, and particularly of your Lordships' House, to provide them with legal certainty at the negotiation stage as to what it is that they are agreeing to and if there is that certainty, then when occasion arises for a court to enforce the contract or to award damages for its breach, the fact that the members of the court themselves may think that one of the parties was unwise in agreeing to assume a particular misfortune risk or unlucky in its proving more expensive to him than he expected, has nothing to do with the merits of the case or with enabling justice to be done. The only merits of the case are that parties who have bargained on equal terms in a free market should stick to their agreements. Justice is done by seeing that they do so or compensating the party who has kept his promise for any loss he has sustained by the failure of the other party to keep his. » (Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. v Tradax Export S.A. [1978] A.C. 1, spéc. p. 8.)

¹¹⁵⁴ V. W. Stanley Jevons, *The State in Relation to Labour*, 1882, p. 2. Traduction de : « It is all very well for theorists and "cabinet philosophers" to argue about what people ought to do; but if we learn from unquestionable statistical returns that thousands of hapless persons do, as a matter of fact, get crushed to death, or variously maimed, by unfenced machinery, these are calamities which no theory can mitigate ». V. aussi sur ce point P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, préc., p. 332 suiv..

¹¹⁵⁵ V. le récit de J. McKinnon, « Common Carrier Regulation », et surtout celui de M. Cave in *Major Issues in Regulation*, Institute of Economic Affairs, 1993, p. 28 et spéc. p. 35.

¹¹⁵⁶ V. J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 194, 1987, pp. 227 suiv.. Il dit même « L'échange, fondement d'une société hédoniste ».

¹¹⁵⁷ À part peut-être la poste, mais déjà propriété publique.

¹¹⁵⁸ V. sur ce point les analyses de H. Narayan-Fourment, *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix dans les ventes commerciales et les contrats-cadre*, Presses universitaires d'Aix-Marseille,

règlement des différends est de surmonter la notion d'intérêt en obligeant celui-ci à se conformer à l'intérêt général.

333. Mais il faut préciser l'analyse. En réalité, le droit privé des contrats, à travers les notions en France d'ordre public et au Royaume-Uni de *public policy*¹¹⁵⁹, protège l'interférence des deux sphères publique et privée, ce qui relève de l'intérêt général auquel le contrat ne peut être contraire et ce qui relève de l'intérêt privé. Le juge sanctionnera donc le contrat qui interfère avec l'ordre public. Cette notion protège donc une sphère de liberté. Le règlement des différends va, lui, former le contrat pour le rendre compatible avec l'efficacité économique. La logique est donc bien différente.

Le problème de la fixation du prix illustre aussi ce propos.

c — Le droit des contrats et le problème de la fixation du prix

On analysera d'abord séparément le problème de la fixation du prix en droit français (i) et anglais (ii), pour étudier ensuite quelles solutions ces systèmes juridiques ont pu trouver à la fixation du prix, en dehors des secteurs régulés (iii).

i — En droit français

334. Le droit sectoriel tente ainsi de résoudre le problème de la fixation du prix, car « le prix est substantiellement un objet dont le droit ne se mêle pas »¹¹⁶⁰. Comme le souligne Christophe Jamin, le droit sectoriel est dérogatoire en ce que « le principe de liberté des prix est très largement remis en cause »¹¹⁶¹, ce que la Cour d'appel a admis : « le principe de liberté tarifaire dont peuvent se prévaloir [...] les opérateurs « non puissants » qui, comme COMPTON, ne détiennent pas une part supérieure à 25 % du marché, n'exclut pas que l'A.R.T. y apporte des restrictions tenant compte notamment d'un objectif d'efficacité économique, de la nécessité d'assurer un développement compétitif du marché ainsi qu'un équilibre équitable entre les intérêts légitimes des différents opérateurs, puissants ou non puissants »¹¹⁶². De même, Marie-Anne Frison-Roche établit bien le caractère dérogatoire par rapport au droit commun des pouvoirs des autorités sectorielles : « Lorsque le contrat a pour objet l'accès au réseau, parce que nous sommes au cœur du droit de la régulation, la rencontre des volontés n'est plus la bonne référence. Il semble admis que le prix soit de fait unilatéralement fixé par le gestionnaire de réseaux, mais, contrepartie de ce pouvoir, il doit se justifier en toute chose et la preuve de l'adéquation entre le prix et la prestation repose sur lui, puisque toute somme correspondant à une prestation non justifiée en elle-même ou non confrontée à d'autres prestations qui auraient pu être moins onéreuses sera alors soustraite de la facture par le régulateur de la facture. À travers le règlement des différends, il y a donc bien

2003. Cet auteur montre que le droit de la concurrence, à la différence du droit des contrats, ne se contente plus du modèle de concurrence atomiste, il « accepte plus de modèles ».

¹¹⁵⁹ V. pour une comparaison des notions la thèse de P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé*, France, Angleterre, U.R.S.S., Éd. Matot-Braine, 1953.

¹¹⁶⁰ V. M.-A. Frison-Roche, « Qu'est-ce qu'un prix en droit ? Du droit des contrats au droit de la régulation », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, p. 177. V. aussi dans le même ouvrage C. Montet, « Le droit de la concurrence : une nouvelle forme de dirigisme des prix ? », pp. 366 suiv..

¹¹⁶¹ V. C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *Recueil Dalloz* 2005 p. 2342.

¹¹⁶² V. Cour d'appel de Paris, 20 janvier 2004, CT0175, S.A. Comptel c. S.A. France Télécom.

une régulation des prix d'accès au réseau, aussi ferme qu'un mécanisme de tarification, et exercée comme telle par le régulateur. Le prix sera acceptable s'il est équitable au regard des coûts du raccordement même, mais aussi au regard des intérêts du cocontractant qui a une sorte de droit à la solution démontrée comme étant la plus économique. Ainsi, véhiculé par le principe procédural de transparence, se constitue un droit d'accès au prix « apparemment » le plus bas, au sens que la procédure donne à l'apparence, c'est-à-dire d'un prix qui se donne à voir comme étant le plus bas possible, et c'est sur le gestionnaire que repose l'obligation de prouver cette adéquation »¹¹⁶³.

335. Or, en droit civil français, le contrôle du prix dans le contrat n'est appréhendé par le juge que par le biais de l'abus¹¹⁶⁴. Mais, ici encore, la sanction de cet abus est l'indemnisation ou encore la résiliation du contrat. « En aucun cas, la Cour de cassation n'autorise donc le juge à refaire le prix, si ce n'est de manière indirecte par l'octroi de dommages-intérêts, pas plus qu'elle n'exige de la partie, qui a déterminé unilatéralement le prix, qu'elle prouve que celui-ci n'est pas abusif »¹¹⁶⁵. Il est possible, avec Muriel Chagny, de raffiner l'analyse en montrant que le droit commun des contrats ne se « soucie pas » des prix hauts et peu des prix bas¹¹⁶⁶, problèmes plus adéquatement appréhendés par le droit de la concurrence¹¹⁶⁷. Alors que le Moyen Âge s'est constamment préoccupé du problème du juste prix¹¹⁶⁸, on ne peut que conclure avec Marie-Anne Frison-Roche que « le prix n'est guère apprécié dans son montant par le droit »¹¹⁶⁹.

¹¹⁶³ V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès au réseau de transport d'électricité pour un prix équitable (CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 8 juin 2004, Cogé de Kerverzet) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2004, n°1, spéc. 135.

¹¹⁶⁴ V. le comm. de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 par C. Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus », *in* *Droit et économie des contrats*, ss la dir. de C. Jamin, Paris, LGDJ, Coll. Droit, économie, 2008, pp. 93-113. V. aussi F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, préc., n° 293 ; V. aussi M.-A. Frison-Roche, « Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Revue de la conc. et de la conso.*, cahier spéc., n°92, p. 13 ; P. de Fontbressin, « L'abus de dépendance économique, l'équité et la détermination du prix », *Gazette du Palais*, 1997, 1^{re} sem., pp. 251-252. V. aussi les développements de P. Stoffel-Munck, Philippe, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 337, 2000, sur le contrôle des prix abusivement bas voir n°578 suiv. et n°173 pour les développements sur « l'abus dans le pouvoir de fixation unilatérale du prix », ce dernier ne pouvant donner lieu qu'à « résiliation ou indemnisation ».

¹¹⁶⁵ V. C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *Recueil Dalloz* 2005 p. 2342. Il existe néanmoins une exception à ce principe : en matière de contrat d'entreprise le juge judiciaire accepte de procéder à la détermination du prix (v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, préc., n°287). Il existe aussi des hypothèses où le juge accepte de réviser le prix (F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, préc., n°284). En matière de vente le code civil accepte aussi la détermination ultérieure du prix par un tiers (article 1592 du code civil). Sur la fixation du prix par expert v. par ex. Y. Reinhard, « La fixation du prix par expert (C. civ., art. 1592 et 1843-4) », *Gazette du Palais*, 20 mai 2010 n° 140, p. 33.

¹¹⁶⁶ Le droit des obligations peut appréhender ce problème par l'intermédiaire de la déloyauté. Le législateur est aussi intervenu pour prohiber la revente à perte (article L. 442-2 du code de commerce) et les prix abusivement bas (v. article L. 420-5 du code de commerce).

¹¹⁶⁷ V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse préc., p. 332, n°325.

¹¹⁶⁸ V. P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, spéc. p. 61.

¹¹⁶⁹ V. M.-A. Frison-Roche, « Qu'est-ce qu'un prix en droit ? Du droit des contrats au droit de la régulation », *Regulatory Law Review*, *Les Petites Affiches*, n° spéc., 6 mai 2010, n°90, pp. 13 suiv..

ii — En droit anglais

336. En droit anglais, le juge ne rentre pas non plus dans la question du prix. Ainsi, les tribunaux anglais refusent-ils d'écarter l'effet obligatoire du contrat « au motif qu'ils seraient inéquitables ou inégaux, par exemple lorsqu'un prix inadéquat a été consenti pour la vente d'une propriété »¹¹⁷⁰. Néanmoins, c'est par le moyen de la notion de *frustration*¹¹⁷¹ que le droit anglais des contrats a pu intégrer l'idée qu'un changement de circonstances pouvait rendre l'exécution du contrat commercialement impossible. Mais la sanction de la *frustration*, la fin rétroactive du contrat¹¹⁷², s'avère inadéquate aux secteurs étudiés puisque le but est bien d'assurer la poursuite de la relation. Il faut aussi ajouter que, dans le cadre de contrats spéciaux, le juge a pu imposer que le prix ait un caractère raisonnable¹¹⁷³.

iii — Les solutions traditionnelles au problème de fixation du prix

337. Il faut ici constater encore que c'est le droit public qui, en France, s'est chargé de résoudre le problème que pose la détermination du prix ; mais dans des hypothèses limitées, en cas de rupture d'égalité ou de changements de circonstances, à travers la théorie dite de l'imprévision, refusée depuis longtemps en droit privé¹¹⁷⁴, alors que cette doctrine est acceptée en droit allemand des contrats¹¹⁷⁵. Mais la différence entre la fixation du prix par l'autorité administrative et la théorie de l'imprévision réside dans le fait que cette dernière théorie fait jouer un mécanisme de responsabilité et non un mécanisme de légalité, c'est-à-dire de fixation unilatérale de cette condition du contrat par le juge. Le juge administratif établit en effet « qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la Compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la Compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles

¹¹⁷⁰ V. Chitty on Contracts, 30th ed, n° 1-020. Traduction de : « general refusal of the courts to deny them effect on the ground of unfairness or inequality, for example where an inadequate price has been stipulated for the sale of property. »

¹¹⁷¹ V. sur ce point, Chitty on Contracts, 30th ed., n° 23-001 qui définit ainsi la *frustration* : « A contract may be discharged on the ground of frustration when something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfil the contract or transforms the obligation to perform into a radically different obligation from that undertaken at the moment of entry into the contract. ».

¹¹⁷² La rétroactivité de l'annulation résulte d'une intervention législative (Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943), auparavant la solution consacrée était la non rétroactivité. V. la position du *common law* : Chitty on Contracts, 30th ed., n° 23-071.

¹¹⁷³ V. « selon le Sales of Goods Act applicable à la vente, le contrat de vente ne prévoyant aucun prix doit être affecté d'un prix raisonnable. » (M.-H. Maleville-Costedoat, « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain », RTD Civ. 2008, p. 741).

¹¹⁷⁴ C'est l'arrêt Canal de Craponne qui ferme cette voie. On ne perçoit pas de changement d'attitude de la part de la Cour de cassation, malgré l'existence de quelques « frémissements », remarquées en doctrine (Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, Revue des contrats, 1^{er} janvier 2011, n° 1, p. 34, « Frémissement en matière d'imprévision », note É. Savaux).

¹¹⁷⁵ V. C. Jauffret-Spinosi, « Les grands systèmes contractuels européens », spéc. p. 23 in Les contrats en Europe aujourd'hui et demain, préc.. En droit allemand, les juges se sont fondés sur le §242 BGB sur le principe général de bonne foi, pour permettre de réviser le contrat (cette solution s'expliquait aussi par la période d'inflation que ce pays a connue après la guerre). « Ils se sont reconnus le pouvoir de "refaire" le contrat, de le réajuster, pour réassurer l'équilibre contractuel » (préc., p. 23).

dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée »¹¹⁷⁶. Cette hypothèse se distingue de la situation qui prévaut dans les secteurs régulés dans lesquels la doctrine a pu voir la consécration d'un « principe de révision tarifaire » qui « permet à l'A.A.I. de modifier le prix d'un contrat en cours d'exécution en vertu du pouvoir général qu'elle détient de modifier le contenu des contrats en cours, et ce, au nom de l'ordre public économique »¹¹⁷⁷.

338. En *common law*, un arrêt de 2003 de la Cour administrative du Queen's Bench a jugé que le refus d'une collectivité locale d'accepter une augmentation du prix du contrat qui la liait à une clinique privée, l'obligeant ainsi à fermer, était légal¹¹⁷⁸, sans autre solution possible. Le *common law* a abordé le caractère raisonnable du prix dans le cadre de la jurisprudence sur les *common carrier*, inaugurée par la décision *Allnutt v Inglis*¹¹⁷⁹. Dans cette décision, la société London Dock Company avait reçu du Parlement l'autorisation (qui lui conférait ainsi un monopole) d'importer certains vins et avait exclu du dock le propriétaire d'une cargaison qui avait refusé d'acquitter le prix demandé. La question est donc celle de savoir si la société en question peut fixer arbitrairement son prix ou si elle est tenue d'accepter les marchandises à un prix raisonnable. Si Lord Ellenborough constate d'abord que chacun est libre de fixer le prix qu'il souhaite pour l'utilisation de sa propriété ; cette règle ne peut s'appliquer lorsque le public dispose d'un droit d'accès et d'usage des lieux en question et que la société propriétaire dispose d'un monopole sur cet usage, cette société doit en retour fixer un prix raisonnable pour l'utilisation de cet espace. Lord Ellenborough fonde sa décision sur la doctrine de Lord Hale selon lequel lorsqu'une société dispose du monopole d'un quai ou que ce quai est le seul disponible pour décharger certaines marchandises, dans ce cas cette société ne peut pratiquer des prix excessifs. Pour le juge Ellenborough, la loi a conféré un monopole à cette société, mais, à partir d'une analyse de la loi, il en conclut que ce privilège a été accordé dans l'intérêt du commerce. Aussi, les entrepôts de cette société étaient-ils investis d'un privilège public ; ils doivent par conséquent pouvoir être utilisés à un tarif raisonnable. La conséquence est que si la Couronne décidait d'autoriser d'autres compagnies à exercer la même activité, si bien que le public ne soit plus contraint dans son choix, la société ne serait plus contrainte par l'obligation de pratiquer des prix raisonnables¹¹⁸⁰. On retrouve le même raisonnement dans la décision *Bolt v Stennett*¹¹⁸¹. La question s'est aussi

¹¹⁷⁶ V. Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 125, concl. Chardenet (D. 1916.3.25, concl. Chardenet ; RD publ. 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèze ; S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou). V. G.A.J.A., 17^e éd., n°30. V. aussi la thèse de L. Vidal, L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant 2005.

¹¹⁷⁷ V. M. Hervieu, Les autorités administratives indépendantes et le droit commun des contrats, Thèse dactyl., Paris 2, 2010, p. 351, n° 483. M. Hervieu parle même de « La consécration d'un pouvoir général de révision du contrat » et de la « La consécration de la théorie de l'imprévision en droit de la régulation » (p. 368).

¹¹⁷⁸ V. R. (on the application of Haggerty) v St Helens BC [2003] H.L.R. 69.

¹¹⁷⁹ V. (1810) 104 Eng. Rep. 206 1378-1865. V. aussi Bolt v. Stennett (1800) 8 T.R. 606. V. le comm. de P. P. Craig sur lequel nous basons cette analyse, « Constitutions, Property and Regulation », Public Law, 1991, pp. 538-554. V. aussi B. P. McAllister, « Lord Hale and Business Affected with a Public Interest », Harvard Law Review, 1929-30, vol. 43, p. 759-791 ; B. Wyman, « The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem », Harvard Law Review, vol. 17, n° 3 (Jan., 1904), pp. 156-173 ; M. Hantke-Domas, Economic Regulation of Public Utilities with Natural Monopolies Features, préc., pp. 127-137.

¹¹⁸⁰ V. p. 211 du jugement.

¹¹⁸¹ « For now the wharf and crane are affected with a public interest, and they cease to be juris privati only ; as if a man set out a street in new building on his own land, it is now no longer bare private interest, but it is affected with a public interest." From whence it is obvious that Lord Hale considered a public quay to be like a public street, common to all the King's subjects » (p. 1573).

posée à propos de la tarification de l'accès à un marché¹¹⁸². La question posée était donc celle de savoir si, lorsque la Couronne accorde le privilège de percevoir un péage, celui-ci peut être fixé de manière arbitraire, dans le silence de la loi. Le juge analysant la jurisprudence antérieure conclut que la charte ne peut être lue de manière à permettre à leurs titulaires de pratiquer un tarif déraisonnable¹¹⁸³. Les sujets pouvaient, dans ces conditions, questionner le caractère raisonnable du prix devant le juge. Il s'agit dans tous les cas de contrôler le prix pratiqué par une entreprise en monopole et qui dispose de biens pour lesquels les sujets ont un droit d'accès. L'origine de cette doctrine, sur laquelle les juges des deux premières décisions rapportées fondent leur décision, est la doctrine de M. Hale¹¹⁸⁴ selon laquelle « le quai et la grue ainsi que les autres commodités sont affectés d'un intérêt public et elles cessent d'être seulement *juris privati* »¹¹⁸⁵. Cette jurisprudence n'a pas eu de postérité au Royaume-Uni, contrairement à celle, très riche, qu'elle a connue aux États-Unis¹¹⁸⁶. Tony Prosser avance pourtant que cette jurisprudence aurait pu poser les bases des principes de service public tel qu'ils ont été développés en France et il est vrai que cette jurisprudence ressemble beaucoup aux critères qui régissent la définition de la notion de domaine public.

339. Le droit commun des contrats anglais et français se distingue ici nettement du droit allemand qui admet une « immixtion judiciaire dans le contrat. » La jurisprudence allemande « s'est même immiscée au début du XIX^e siècle dans les contrats d'affaires afin d'assurer une certaine justice contractuelle, ainsi en annulant un cautionnement jugé trop lourd pour la caution en état d'« infériorité structurelle » face au banquier »¹¹⁸⁷.

Le droit des contrats n'est pas le seul à fermer toute solution à l'essor de la concurrence dans le domaine des industries en réseau. Le droit de la responsabilité n'offre pas non plus de réponse adaptée.

¹¹⁸² V. *Corporation of Stamford v. Pawlett* cité par P. Craig, « Constitutions, Property and Regulation », préc., p. 539.

¹¹⁸³ V. p. 81 du jugement.

¹¹⁸⁴ V. le traité *De portibus Maris*, deuxième partie de l'ouvrage : M. Hale, *A treatise relative to the maritime law of England*, in three parts, London, 1787.

¹¹⁸⁵ V. *De portibus Maris*, pp. 77-78.

¹¹⁸⁶ V. la jurisprudence *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). V. l'article de P. P. Craig (« Constitutions, Property and Regulation », préc.) sur ce point ainsi que l'avis de T. Prosser, « Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring », *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, n° 4, *Public Perspectives on Privatization*. (Autumn, 2000), pp. 63-82, spéc. p. 64. Cette doctrine a failli être utilisée en Nouvelle-Zélande qui est le seul pays qui n'a pas connu de régulation et où seul le droit de la concurrence s'appliquait, mais les juges ont décidé que cette doctrine, bien qu'appartenant au droit du pays, ne pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce car elle rentrait en contradiction avec le régime mis en place par le Commerce Act de 1996 : v. M. Taggart, « Common Law Price Control, State-Owned Enterprises and The Level Playing Field », in *Administrative Law in a Changing State: Essays in Honour of Mark Aronson*, pp. 195-214 ; M. Rutherford, « The Judicial Control of Business: Walton Hamilton, Antitrust, and Chicago », *Seattle University Law Review*, 2011, vol. 34, p. 1385 suiv..

¹¹⁸⁷ *Ibidem*. Le droit allemand est ainsi très élaboré en ce qui concerne la fixation unilatérale du prix. D'une part, la détermination du prix doit obéir à un principe d'équité et d'autre part, le contractant « a un recours lorsque le prix n'est pas conforme à l'équité, c'est-à-dire, selon la jurisprudence quand la détermination ne repose pas sur une "appréciation objective" des intérêts mutuels des contractants, de la situation personnelle et des besoins des parties (...) La partie qui conteste doit introduire une action en détermination du prix et le tribunal décidera » (v. D. Tallon, *La détermination du prix dans les contrats : étude de droit comparé*, Paris, A. Pedone, Coll. Harmonisation du droit des affaires, 1989, pp. 92-93, n° 3.2.2.05).

B — Le droit de la responsabilité face aux secteurs régulés

Les opérateurs économiques ont essayé et essayent d'utiliser le droit de la responsabilité pour forcer l'opérateur historique à ouvrir son réseau, sur le fondement des dispositions législatives. L'étude de la jurisprudence manifeste une différence entre les systèmes anglais et français, mais qui aboutit, dans les deux cas, à une impasse. Alors qu'en droit de *common law*, c'est pour des raisons substantielles que les tentatives des nouveaux entrants échouent (1) ; en France, c'est essentiellement un problème de preuve qui débouche sur le rejet des requêtes (2). Il n'est pas interdit de penser, qu'en *common law* aussi, où la procédure civile est accusatoire, les mêmes problèmes se poseraient.

1 — Le droit de la responsabilité en *common law* et les secteurs régulés

340. En *common law*, la démonstration souffre d'un manque de jurisprudence. Néanmoins, un jugement permet de montrer les limites du recours au droit de la responsabilité pour obtenir le résultat escompté. En dehors des aspects procéduraux et de la longueur de la procédure, le droit de la responsabilité de *common law* ne fournit pas une voie possible pour les nouveaux entrants. Un jugement du 15 avril 2010 du Chancery Division of the High Court permet de le prouver¹¹⁸⁸. Il s'agissait d'une action en responsabilité intentée par de nouveaux entrants (appartenant tous au groupe Digicel) contre les filiales du groupe Cable & Wireless. Ces entreprises sont en compétition dans différents pays des Caraïbes constituant autant de marchés différents¹¹⁸⁹. En dépit du fait que les pays concernés ne font pas partie du Royaume-Uni, la comparaison est toutefois possible, car le juge appliqua le droit de *common law* tant pour le droit de la responsabilité que pour la manière d'interpréter les lois sur les télécommunications de chaque pays.

341. Les gouvernements de ces îles passèrent des lois pour mettre fin au monopole et ouvrir le marché des télécommunications à la concurrence. En particulier, la réglementation en vigueur prévoyait le droit pour les nouveaux entrants de se connecter au réseau de l'ancien opérateur en monopole. Dans plusieurs pays, des filiales du groupe Digicel postulèrent et obtinrent une autorisation pour établir un réseau de télécommunications mobiles. Dans chaque pays ces filiales ont donc demandé l'interconnexion avec le réseau existant. L'interconnexion se fit sans encombre en Jamaïque, à la suite de quoi les filiales du groupe Digicel firent la même demande dans sept autres pays. Elles eurent gain de cause, mais ces entreprises allèguent à présent que l'opérateur historique aurait tardé à donner l'interconnexion.

342. Ces entreprises avancent donc que l'opérateur historique, dans ces différents pays, aurait commis une faute en ne se conformant pas à une obligation légale (« *breach of statutory duty* »), et se serait entendu avec d'autres opérateurs en vue de commettre cette faute¹¹⁹⁰. L'intérêt de cette décision gît dans la première allégation : le manquement à

¹¹⁸⁸ V. Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc, [2010] EWHC 774 (Ch), Case n° HC07C01917.

¹¹⁸⁹ Sainte Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Grenade, Barbade, les îles Cayman, Trinidad & Tobago, les Îles Turques-et-Caïques, les Bermudes. Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines et Grenade ont signé le traité ECTEL le 4 mai 2000 dont le but est de créer un environnement compétitif pour les télécommunications dans ces États.

¹¹⁹⁰ Le complot ou la conspiration en droit de la responsabilité anglais est défini ainsi : « A conspiracy consists... in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. » Conspiracy may be a crime; but the historical links between the crime and the tort have now been greatly weakened. The crime inheres in the agreement to act unlawfully; but the tort arises when damage is caused or

l'obligation d'interconnexion, constitué par des délais indus, peut-il engager la responsabilité de l'opérateur historique ?

La question essentielle est donc de savoir si le droit de la responsabilité aurait pu permettre de se passer de la fonction administrative de règlement des différends, en reconnaissant un préjudice indemnisable constitué par le délai dans la réalisation de l'interconnexion.

La réponse dépend, en droit de *common law*, de l'intention du Parlement : a-t-il eu l'intention, en votant une telle législation sur les télécommunications, de protéger un intérêt public ou un intérêt privé ? Il est en effet constant en droit de la responsabilité de *common law* que celui-ci a pour objectif la protection des droits et des intérêts privés¹¹⁹¹. En conséquence, pour que le manquement à une obligation légale constitue une faute il faut établir que le « législateur avait pour intention de conférer un droit subjectif d'action à une catégorie de personnes, à laquelle appartient le demandeur, et pas simplement que la loi a été conçue pour leur profiter de manière générale »¹¹⁹². Au cas présent, il est indéniable que la loi sur les télécommunications en question a pour objet de profiter aux nouveaux entrants en leur conférant un droit d'interconnexion. Cependant, comme le reconnaît le juge, la loi poursuit un objectif d'intérêt public et le législateur n'a pas eu l'intention de conférer à ceux-ci un droit dont ils pourraient se prévaloir devant le juge de l'indemnisation. Les indices de l'existence d'un intérêt public et non privé prépondérant sont pour le juge : la finalité de la loi, de l'article en question, les termes de l'article, l'existence d'autres sanctions pour assurer le respect de ces obligations¹¹⁹³, et la nature purement financière du préjudice¹¹⁹⁴. Il en vient, pour les mêmes raisons, aux mêmes conclusions dans presque tous les autres États¹¹⁹⁵, sauf, justement, à la Barbade où la loi prévoit expressément une indemnisation du préjudice causé par le manquement à une

threatened by the combination » (La citation en début est de Justice Wiles J. dans la décision *Mulcahy v R.* (1868) L.R. 3 H.L. 306, spéc. p. 317 ; v. Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., préc., n°25-116).

¹¹⁹¹ V. Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., n° 1-39.

¹¹⁹² V. Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., n° 1-42.

¹¹⁹³ Si le législateur n'avait pas prévu d'autres sanctions le résultat eût pu être différent (v. l'annexe H, §4 du jugement *Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc*, préc.). Le juge cite une décision en ce sens de la Chambre des Lords, *Cutler v Wandsworth Stadium Limited* [1949] AC 398. Dans ce jugement, Lord Simonds affirma : « If a statutory duty was prescribed but no remedy by way of penalty, or otherwise, for its breach was imposed, it was to be assumed that a right of civil action accrued to the person damaged by the breach; otherwise the statute would be but "a pious aspiration" ».

¹¹⁹⁴ V. §180 du jugement *Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc*, préc.. Il semble qu'en droit de la responsabilité de *common law*, le préjudice purement financier engendre une protection moindre. Dans le domaine des devoirs de protection (*duty of care*) imposés par le *common law*, Lord Justice Hobhouse émit cette observation : « in a competitive economic society the conduct of one person is always liable to have economic consequences for another and, in principle, economic activity does not have to have regard to the interests of others and is justifiable by the actor having regard to his own interests alone » (*Perrett v Collins* [1999] P.N.L.R. 77, p. 84). De même, le juge McHugh affirme « pure economic losses frequently result in mere transfers of wealth. The claimant's loss is the defendant's or a third party's gain [whereas] harm to a person or property ordinarily involves a new loss to social wealth » (*Perre v Apand Pty Ltd* (1999) A.L.R. 606, p. 623). Les deux citations viennent de Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., §8-83. Le juge Morgan cite à l'appui de sa solution une décision concordante (et dans le même domaine, interprétant la même loi) du juge Mason de la Cour suprême des Caraïbes orientales, du 5 mars 2006, *Communications (St Lucia) Ltd v Cable and Wireless (West Indies) Ltd*.

¹¹⁹⁵ La même conclusion s'applique à Saint-Vincent-et-les Grenadines (§231), Grenade (§261), les îles Cayman (§400 et 407), les Îles Turques-et-Caïques (§523). Le cas de Trinidad & Tobago est différent car c'est une disposition interdisant les actes de concurrence déloyale qui permet au juge, au vu des circonstances, de déclarer l'opérateur responsable (§478). Mais celui-ci (*Digicel Trinidad & Tobago*) n'ayant pas réussi à prouver de préjudice, le juge rejeta la demande de dommages et intérêts (§483-484).

obligation ou une interdiction imposée par celle-ci¹¹⁹⁶. Mais, même dans ce pays, l'indemnisation échoua, le juge affirmant clairement que l'opérateur dominant ne commit pas d'illégalité en ne proposant pas l'interconnexion de manière plus précoce¹¹⁹⁷.

343. Un autre jugement, mais plus délicat à analyser concerne le jugement du Privy Council en tant que Cour suprême de Nouvelle-Zélande, sur le contentieux d'interconnexion opposant Telecom Corporation of New Zealand à Clear Communications¹¹⁹⁸. Ce jugement marque la fin d'un contentieux extrêmement long entre l'opérateur historique et un nouvel entrant portant sur l'accès et l'interconnexion des deux réseaux, et plus précisément du prix du contrat. Le nouvel entrant demandait bien une indemnisation, mais pour abus de position dominante, car, en l'absence de législation spécifique sur les télécommunications, l'ouverture à la concurrence des services publics dans ce pays se fit sous le régime du seul droit de la concurrence. Aussi faudra-t-il étudier ce jugement plus loin, lors de l'analyse des limites du droit de la concurrence.

Finalement, le recours des nouveaux entrants devant le juge dans ces États des Caraïbes montre bien que le droit commun de la responsabilité en *common law* n'offre pas une voie de droit adaptée pour que ceux-ci obtiennent l'interconnexion de manière diligente. Certes, le législateur aurait pu prévoir la difficulté et conférer un droit à être indemnisé, mais, en dehors même de ce problème, la longueur du contentieux montre que le droit de la responsabilité est beaucoup moins efficace que le règlement des différends.

2 — Le droit français de la responsabilité et les secteurs régulés

En France, la mise en œuvre du droit de la responsabilité n'échoue pas pour un problème substantiel, mais essentiellement en raison de la difficulté à établir la preuve des pratiques dénoncées.

344. Le droit de la responsabilité n'a pas, à notre connaissance, été mis en action pour résoudre des problèmes d'accès. La plupart des décisions dans ce domaine, qui opposent l'opérateur historique aux nouveaux entrants, soulèvent des problèmes de concurrence déloyale¹¹⁹⁹, de publicité comparative ou mensongère¹²⁰⁰, de dénigrement. Le contentieux de

¹¹⁹⁶ V. article 73 de la loi sur les télécommunications de 2001 dans cet État. V. §349 du jugement. La loi prévoit aussi une faute équivalente au *tort* de *common law* de *conspiracy* ce qui rend inutile l'analyse de ce *tort*, la loi ayant prévu un remède dans ce cas (v. §351).

¹¹⁹⁷ V. §198 à 200 du jugement Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc, préc. pour Sainte-Lucie ; §247 pour Saint-Vincent-et-les-Grenadines ; §421 pour les Îles Caïmans ; 549 pour les Îles Turques-et-Caïques. V. en Barbades, §356 du jugement préc.

¹¹⁹⁸ V. Telecom Corporation of New Zealand Ltd & Ors v Clear Communications Ltd [1994] C.L.C. 1312.

¹¹⁹⁹ V. Tribunal de commerce de Paris, 8^e ch., 18 juin 2003, Société 9 Télécom c. Société France Télécom, n° RG 2003/001151 (France Télécom est condamné pour avoir communiqué à son service commercial les informations contenues dans la base de donnée de la liste d'abonnés présélectionnés, ce qui est interdit et constitue un acte de concurrence déloyale).

¹²⁰⁰ V. Tribunal de commerce de Paris, 9 avril 2004, SA 9 Télécom Réseau c. Tiscali Accès, n° RG 2004025791 (ordonnance de référé) ; Tribunal de commerce de Paris, 8 août 2003, Société Cégétel c. Société Universal Télécom, n° RG 2003/057122 ; Tribunal de commerce de Versailles, 10 juillet 2002, SA Cégétel c. SA France Télécom, n°RG 2002R00403 ; Tribunal de commerce de Paris, 9 mai 2000, Cégétel 7 c. Télé 2 France, n°RG 2000036293 ; Tribunal de commerce de Nanterre, 12 mars 1999, France Télécom c. Cégétel 7, n°99R00415 ; Tribunal de commerce de Paris, 25 novembre 2005, 15^e ch., n° RG 2005043252, SAS Free c. Société France Télécom ; Tribunal de commerce de Nanterre, 7^e ch., 19 octobre 1999, Société France Telecom c. Société Cegetel.

la concurrence déloyale permet toutefois de manifester les limites du droit de la responsabilité en raison de la difficulté pour la partie demanderesse de faire la preuve de ses allégations.

345. Il y a en effet tout un contentieux sur l'utilisation commerciale, par France Télécom des données dont elle dispose sur les abonnés. Les services commerciaux avaient ainsi accès aux données concernant les abonnés ayant choisi d'autres fournisseurs. Le tribunal de commerce de Paris a eu affaire à ce genre de pratique. Il constate tout d'abord que ces pratiques sont établies¹²⁰¹. Mais la requête est rejetée en raison d'un problème de preuve, « la société Cegetel, à qui incombe la charge de la preuve, ne prouve pas les faits qu'elle reproche à la société France Télécom ; que celle-ci peut avoir procédé comme elle l'allègue, en sélectionnant ses prospects sur la seule évolution de leur consommation, et en les interrogeant pour connaître leur opérateur éventuel ». Aussi le tribunal déboute-t-il la Société Cégétel de sa demande en dommages et intérêts, mais fait « interdiction à la société France Télécom, dans les écrits qu'elle adresse à ses abonnés et prospects, de faire référence à l'opérateur choisi par ceux-ci, et plus généralement de faire toute mention impliquant un lien individuel entre ledit prospect et un opérateur concurrent nommément désigné ».

346. Un contentieux devant le juge judiciaire et l'Autorité de la concurrence permet aussi de mettre en lumière de manière particulièrement saillante, l'avantage pour le requérant de la procédure devant l'autorité administrative sur la procédure judiciaire¹²⁰². La procédure inquisitoire devant celle-ci le soulage de la charge de la preuve. Ainsi, incapable de prouver la concurrence déloyale devant le juge judiciaire, faute de preuve, l'enquête administrative de l'Autorité de la concurrence met ces pratiques à jour.

347. Concernant l'appréciation des pratiques de concurrence déloyale le juge judiciaire, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris, affirme que l'action en concurrence déloyale engage la responsabilité délictuelle de son auteur et, dès lors, suppose que la victime apporte la preuve d'agissements positifs et caractérisés de la part de celui-ci. Le juge relève tout d'abord que le démarchage de la clientèle d'un concurrent ne constitue pas, en soi, une pratique commerciale déloyale « dès lors qu'il ne s'accompagne pas de manœuvres visant à semer la confusion dans l'esprit des clients concernés et ne traduit pas une volonté de discrimination à l'égard de l'agent économique qui se déclare en être victime ». De surcroît, le fait que d'anciens clients aient effectivement rejoint la compagnie ayant entrepris de les démarcher ne peut pas non plus permettre de caractériser une concurrence déloyale, car « le jeu normal de la concurrence est

¹²⁰¹ V. Tribunal de commerce de Paris, 8^e ch., 15 janvier 2003, S.A. Cégétel c. S.A. France Télécom, n°RG 2002061501 : « Attendu qu'il est établi, et non contesté par la défenderesse, que la société France Télécom dispose, en sa qualité d'opérateur de la boucle locale, de données sur les relations de ses abonnés avec ses concurrents ; attendu que diverses mesures ont été imposées à la société France Télécom, ou élaborées par elle pour prévenir toute utilisation des données d'interconnexion pour des démarches commerciales auprès des clients de ses concurrents ; attendu que la défenderesse ne conteste pas que les personnels en activité dans ses services commerciaux ont, dans certains cas au moins, accès aux données d'interconnexion que cette situation est de nature à engendrer la suspicion ; attendu que le fait, pour la société France Télécom, de s'adresser à ses prospects, par écrit, en se référant à l'opérateur concurrent qu'ils ont choisi, vient aggraver cette suspicion, nonobstant l'éventuelle application des dispositions visant la publicité comparative ».

¹²⁰² V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Section H, 11 février 2009, S.A. Mobius c. S.A. France Télécom, n° RG 05/16941 ; Autorité de la concurrence, Décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM (v. P. Achilleas, « Un an de régulation du marché des communications électroniques », Communication Commerce électronique n° 2, février 2010, chron. 2, n° 28 ; L. Idot, « L'activité en matière de concurrence en France », Europe n° 8, Août 2009, comm. 338 ; I. Luc, M. Claudel-Picard, « Chronique annuelle 2009 de droit interne de la concurrence », Revue juridique de l'économie publique n° 676, juin 2010, chron. 3, passim ; Gazette du Palais, 5 juin 2010, n° 156, p. 14, chron. « Droit de la concurrence »).

précisément de permettre à la loi du marché de s'exercer dans le seul intérêt du consommateur et de prévenir ainsi toute inaction ou passivité commerciale ». Au total, concluent les juges, la société victime ne parvient pas à apporter « la preuve d'une quelconque volonté de la société France Télécom d'entretenir une confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle concernée ou de procéder à un démarchage systématique orienté et dirigé exclusivement vers ses propres clients ». Il s'ensuit donc « qu'aucun fait de concurrence déloyale et aucune pratique anticoncurrentielle ne pouvant être retenue à l'encontre de la société France Télécom ».

348. En regard, l'Autorité de la concurrence conclut, elle, grâce à l'enquête administrative qu'elle a pu mener que le démarchage ciblé résulte d'une politique délibérée d'utilisation des « données dont elle [France Télécom] disposait en sa qualité de propriétaire et de gestionnaire de la boucle locale à des fins commerciales »¹²⁰³. C'est la saisie de documents internes qui a permis d'établir les pratiques en question¹²⁰⁴. En outre, l'enquête administrative permet, elle, de mettre en évidence, des actes de diffusion d'informations trompeuses : « Il ressort de l'enquête administrative que France Télécom a diffusé des informations discréditant le mécanisme de présélection »¹²⁰⁵, ce qui permet à l'Autorité de conclure sur ce point que : « En véhiculant un discours trompeur sur les possibilités d'utilisation de son préfixe 8, en violation des dispositions réglementaires, France Télécom a réduit les garanties offertes par la loi et le régulateur sectoriel pour les abonnés ayant fait le choix de la présélection d'un opérateur alternatif, au moment délicat de l'ouverture à la concurrence et de l'émergence de concurrents ne bénéficiant pas de la crédibilité d'un opérateur installé de longue date. Par de telles pratiques, France Télécom a contribué à dissuader les abonnés, et singulièrement les collectivités publiques, soucieuses de bénéficier d'un service de secours, de choisir les services d'un opérateur alternatif et notamment d'Outremer Télécom. De telles pratiques constituent, dès lors, un abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE »¹²⁰⁶. Au surplus, à l'issue de la procédure devant l'Autorité, France Télécom n'a pas contesté ces griefs.

La procédure devant le juge judiciaire pâtit de son caractère accusatoire. Aussi, n'est-il pas rare de constater que le juge de l'indemnisation fonde son argumentation sur une décision de sanction ou de mise en demeure de l'autorité sectorielle, afin de faciliter l'établissement de la faute¹²⁰⁷. Les autorités sectorielles se voient d'ailleurs souvent reconnaître le statut d'*amicus curiae* lors de ces litiges¹²⁰⁸.

¹²⁰³ V. §122 de la décision.

¹²⁰⁴ V. §123, §132 de la décision.

¹²⁰⁵ V. §134 de la décision.

¹²⁰⁶ V. §206 de la décision.

¹²⁰⁷ V. Par ex. : « Attendu que l'ART a souligné, dans sa décision n° 01-691 du 18 juillet 2001 que si l'interdiction de la communication des informations relatives à l'interconnexion est une obligation générale applicable à l'ensemble des opérations, elle s'impose tout particulièrement à France Télécom dans la mesure où celle-ci est puissante sur le marché du service téléphonique fixe, et où elle est la seule entreprise sur ce marché à détenir les informations relatives à la présélection des clients de l'ensemble des autres opérateurs ; attendu qu'il ressort des termes de la mise en demeure de l'ART que France Télécom devait cesser de communiquer les informations de présélection à ses agents ; attendu qu'il convient de considérer que les termes de cette mise en demeure s'appliquent non seulement à France Télécom mais également à ses agents commerciaux qui ne devaient en conséquence pas les utiliser dans le cadre d'une concurrence loyale ; attendu au surplus, qu'il ressort des éléments versés aux débats que France Télécom a configuré son système d'information de sorte que ses agents puissent disposer d'un accès direct à l'information sur la présélection éventuellement souscrite par des abonnés auprès d'un opérateur alternatif ; attendu que les investigations réalisées par l'huissier font ressortir que France Télécom mettait effectivement ses informations à la disposition entre autres de ses agents ; attendu que ceci n'est pas contesté par France Télécom ; attendu que les avis des Autorités compétentes imposent de séparer

349. Problème de preuve, les juges font aussi état d'une difficulté dans l'évaluation du préjudice. Par exemple, si les juges du tribunal de commerce de Paris n'ont pas eu de problème pour établir le comportement de France Télécom, coupable de concurrence déloyale¹²⁰⁹, ils se sont heurtés à une difficulté concernant l'évaluation du préjudice ; le Tribunal manifeste l'existence d'incertitudes légitimes concernant le nombre de clients qui ont effectivement quitté 9Télécom pour France Télécom suite à la campagne de « winback » menée par cette dernière¹²¹⁰. Aussi, utilisant la méthode de Salomon, le Tribunal estime le nombre total de clients perdus par 9Télécom (à 300 000) et que 50 % ont quitté cet opérateur « sur les arguments déloyaux » de l'opérateur historique pour reprendre les termes du jugement.

350. Le droit de la responsabilité achoppe donc sur des considérations de techniques contentieuses. Plus fondamentalement, pour Aude Rouyère, le droit de la responsabilité civile et la régulation s'oppose sur leur conception du temps : « Le raisonnement qui préside à l'établissement d'une responsabilité civile est marqué par un retour sur le passé destiné à fixer les choses et vider le conflit. Le procédé de la régulation est tourné vers l'avenir et se réalise à partir d'ajustements successifs et perpétuels »¹²¹¹. C'est donc à ces deux titres que le mécanisme de la responsabilité civile peut sembler inadapté dans les secteurs régulés.

nettement ses activités entre celles qui relèvent de son activité anciennement monopolistique, de celles résultant de son activité sur un marché ouvert et concurrentiel ; attendu en effet que la position dominante de France Télécom sur ce marché lui impose une grande rigueur ; attendu que l'utilisation à d'autres fins des données techniques dont elle dispose seule constitue en soi un acte de concurrence déloyale ; attendu que la preuve de l'utilisation de ces informations de présélection est notamment rapportée par les actions de reconquête effectuées par des agents commerciaux de France Télécom dans la mesure où ils ne pouvaient avoir cette information sur le passage à la concurrence de certains clients que par l'utilisation de ces données de techniques de présélection ; le Tribunal dira que l'utilisation qui a été faite par France Télécom de ces informations de présélection constitue un comportement fautif » (Tribunal de commerce de Paris, 28 mai 2004, n° R.G. 2003059443, S.A. Télé2 France c. S.A. France Télécom, section 3). V. aussi ce contentieux contre Bouygues Télécom dans lequel des consommateurs tentèrent de se faire indemniser du préjudice subi en raison d'une pratique anticoncurrentielle constatée par le Conseil de la concurrence : Tribunal de commerce de Paris, 6 décembre 2007, aff. n° 2006057440, n° Lexbase : A0700D3C ; Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 11^e ch., 22 janvier 2010, n° 08/09844, n° Lexbase : A2055ERK). Ici, se posait le problème différent de la possibilité d'intenter une action collective, que la Cour de cassation a refusé, mais il n'en reste pas moins que le fait générateur était bien le manquement administratif (Cass. civ. 1, 26 mai 2011, n° 10-15.676 : Lexbase Hebdo n° 445 du 23 juin 2011, éd. Privée, Lexbase n° N5833BST, note M. Depincé).

¹²⁰⁸ En application de l'article 143 du code de procédure civile.

¹²⁰⁹ V. Tribunal de commerce de Paris, 8^e ch., 18 juin 2003, Société 9Télécom c. France Télécom, n° RG 2003001151 : « Le Tribunal conclura que, en 2002, la mise à disposition du personnel de France Télécom de renseignements à caractère commercial obtenus de l'EGP emporte une présomption grave de mise en œuvre d'un avantage concurrentiel illicite. De même, la prospection de la clientèle en cherchant explicitement ou implicitement à imposer la déprésélection des concurrents relève de pratiques anticoncurrentielles interdites par l'article 442-1 du Code de commerce. Le Tribunal déclarera donc France Télécom coupable de concurrence déloyale envers 9Télécom ».

¹²¹⁰ V. Tribunal de commerce de Paris, 8^e ch., 18 juin 2003, Société 9Télécom c. France Télécom, n° RG 2003001151 : « Il apparaît que la campagne de « Winback » de France Télécom a fait perdre des clients à tous les opérateurs alternatifs et non seulement à 9Télécom. La méthode d'évaluation du nombre de clients perdus par 9Télécom, pour simple qu'elle soit, n'est pas exempte d'incertitudes sur les motivations de certains de ces clients et aussi sur le fait que tous les déprésélectionnés « YB » soient effectivement revenus chez France Télécom ».

¹²¹¹ V. A. Rouyère, « Responsabilité civile et régulation - Éléments d'une rencontre », in M.-A. Frison-Roche, Droit et économie de la régulation, tome 5, Responsabilité et régulations économiques, Paris, Presses de Sciences Po « Hors collection », 2007, spéc. p. 19.

351. Le droit des obligations n'offre donc pas de levier adapté à l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Tant le droit des contrats que le droit de la responsabilité s'avèrent mal adaptés à ces nouveaux enjeux. Le droit des contrats, issu des idées libérales des Lumières, à une époque où la société était essentiellement artisanale, ne se préoccupe pas des problèmes de pouvoirs, il n'offre pas en outre de solution au besoin de forcer une partie à contracter, enfin, il n'est pas conçu comme un mode de réglementation du contenu du contrat. Le même constat s'impose quant au droit de la responsabilité. Les différents contentieux étudiés manifestent la difficulté des requérants à se voir indemniser de leur préjudice. Le droit de la responsabilité de *common law* s'avère inadapté pour des raisons substantielles tandis que le droit français de la responsabilité, de par son caractère accusatoire, met le demandeur dans une position difficile pour prouver ses allégations, mais, au total, le résultat aboutit à priver d'une voie de droit les nouveaux entrants sur le marché et à favoriser les opérateurs installés.

Après avoir analysé les faiblesses du droit des obligations, faiblesses qui expliquent la mise en place de la fonction de règlement des différends des autorités sectorielles, il faut étudier les manques du privé des biens, que la fonction coercitive de ces instances permet de combler.

C — *Le droit privé des biens face aux secteurs régulés*

352. Le caractère anticoncurrentiel du droit des biens a fait l'objet de peu d'études aussi bien en France qu'au Royaume-Uni. Ce n'est qu'en matière de propriété intellectuelle que l'attention des juristes sur cette question s'est focalisée. Dans ce domaine les études abondent, tant en langue anglaise que française, car la jurisprudence existe¹²¹². Pourtant, de nombreuses affaires en droit de la concurrence, de même que le régime juridique des secteurs régulés montrent qu'il constitue la pierre d'achoppement de l'ouverture à la concurrence. La justification ultime du règlement des différends est peut-être même ici. Il permet à l'opérateur historique de conserver la propriété de son réseau tout en le forçant à l'ouvrir pour autoriser l'activité des concurrents.

353. On constate d'ailleurs que l'ouverture à la concurrence des industries en réseau a entraîné la mise en place dans certains pays de structures de propriété originales. Il fallait en fait séparer la propriété du réseau des activités opérationnelles des anciens opérateurs verticalement intégrés. Aux États-Unis, le modèle de « *collaborative governance* », mis en place dans le secteur de l'électricité, promeut une gestion du réseau par l'ensemble des parties prenantes, dans une structure, l'« opérateur indépendant de système », qui n'est pas censée faire des profits¹²¹³. La mise en place de cette structure s'explique par la nécessité de séparer propriété du réseau et activités commerciales afin que l'opérateur de réseau n'ait pas d'incitation à fermer le marché. De même, au Royaume-Uni, le système choisi fut de créer une entité séparée possédant le réseau, la National Grid Company, qui n'a pas le droit d'investir dans la production ou la vente d'électricité¹²¹⁴.

¹²¹² V. not. R. M. Hilty, « Individual, Multiple and Collective Ownership – What Impact On Competition? », Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-04.

¹²¹³ V. C. H. Koch, « Collaborative Governance: Lessons for Europe from U.S. Electricity Restructuring », in *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, H. C. H. Hofman, R. L. Weaver (eds), Bruylant, Droit administratif / Administrative law, n° 7, 2011.

¹²¹⁴ V. M. G. Pollitt, *Lessons from the History of Independent System Operators in the Energy Sector, with applications to the Water Sector*, EPRG Working Paper 1125, Cambridge Working Paper in Economics 1153.

354. De même, les luttes entre les opérateurs historiques d'une part, et la Commission ou les autorités nationales de concurrence d'autre part, ont eu bien souvent pour objet la propriété du réseau¹²¹⁵. La problématique est bien : comment mettre en place une structure de réseau qui aurait intérêt à l'ouverture à la concurrence ?

L'analyse juridique du droit des biens anglais et français (de la notion d'exclusivité) confronté à la notion d'accès sera examinée plus loin. Il suffit d'affirmer ici que c'est bien une certaine conception du droit de propriété qui a entraîné, très certainement, l'éviction de la concurrence dans le domaine des réseaux. La notion d'accès, pourtant présente dans certains débats au XIX^e et au XX^e siècle, fut écartée en raison précisément de la conception juridique de la propriété qui prévalait alors.

La remise en cause du droit des obligations et du droit des biens est rejointe par celle du droit pénal.

II — L'éviction du droit pénal

Le volet répressif de la fonction contentieuse des autorités de régulation requiert aussi une explication. Pourquoi ne pas avoir attribué la sanction des obligations contenues dans les autorisations (ou dans les lois et règlements) au juge pénal ? Il faudra analyser dans un premier temps les insuffisances du droit pénal substantiel (A), pour, dans un second temps, mettre en évidence une éventuelle préférence du droit de l'Union européenne pour la répression administrative (B).

A — Les insuffisances du droit pénal

355. Depuis les années soixante-dix, le droit pénal de nombreux États occidentaux doit faire face à une croissance très forte de la réglementation et par conséquent des normes à sanctionner. Comme l'ont remarqué de surcroît de nombreux auteurs, l'essor de la concurrence s'est en fait traduit par une augmentation de la réglementation. Le droit pénal est donc mis à l'épreuve par ces évolutions et c'est pourquoi le droit administratif répressif est mobilisé. Cette question est d'actualité en France où une réflexion sur la dépenalisation du droit des affaires a été entamée¹²¹⁶. Le rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des

¹²¹⁵ V. par ex. dans le domaine ferroviaire l'avis de l'Autorité de la concurrence française qui recommande une séparation juridique stricte et non pas seulement fonctionnelle entre la propriété des gares et des connexions et l'activité opérationnelle de la S.N.C.F. (Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire) : M. Bazex, « Accès des concurrents de la SNCF aux gares de voyageurs », *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2011, comm. 103 ; L. Gard, « La préparation des gares à l'ouverture du transport ferroviaire à la concurrence », *Revue de droit des transports* n° 11, Décembre 2011, comm. 169.

¹²¹⁶ Pour un état de la question et une liste des dernières lois qui procèdent à une telle dépenalisation dans la contribution de V. Malarat, « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », pp. 1-14, *Dépenalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires : actes du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC) à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*, ss la dir. de B. Saintourens, Paris, Litec, Collection Colloques et débats, tome 24, 2009. V. A. Vignon-Belliard, *L'apport du droit pénal à la moralisation du marché boursier*, Thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, 2011. Pour cet auteur l'ineffectivité du droit pénal s'explique par le fait que, dans le domaine de la régulation, « le droit pénal est ... envisagé uniquement dans sa dimension dite accessoire, instrumentale ou sanctionnatrice » (spéc. p. 58).

affaires¹²¹⁷ a ainsi tenté de circonscrire un domaine légitime, un noyau dur¹²¹⁸ de la répression pénale afin de sortir du champ de ce droit les infractions qui pourraient être mieux traitées par d'autres instruments juridiques. On constate à la lecture de ce rapport le rôle que joue le droit administratif dans la dépénalisation, car les auteurs du rapport constatent qu'« il est donc envisageable de dépénaliser à la marge certaines obligations incombant aux professionnels dès lors que l'une des conditions suivantes est satisfaite : 1 – le respect de l'obligation est susceptible d'être assuré de manière aussi efficiente par des dispositions administratives »¹²¹⁹. Question d'actualité, mais question récurrente aussi, car les pénalistes tant en France qu'au Royaume-Uni se sont inquiétés depuis longtemps de l'éviction du droit pénal¹²²⁰. Le Royaume-Uni, de manière toutefois quelque peu plus précoce, s'est aussi interrogé dans les rapports Hampton et Macrory sur l'opportunité de dépénaliser certaines infractions que le droit criminel ne parvenait pas à appréhender de manière efficace et, dans ce cas aussi, le droit administratif a servi d'alternative¹²²¹.

356. Cette question s'explique en outre, car, traditionnellement, la sanction attachée aux obligations contenues dans les autorisations administratives est du ressort du droit pénal¹²²² : « Le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique, affirme Romieu, est donc la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive »¹²²³. La situation n'est pas différente au Royaume-Uni où « le mécanisme d'exécution qui est commun à la grande majorité des codes réglementaires [...] est le droit pénal »¹²²⁴. Le droit pénal anglais connaît même une catégorie particulière d'infractions, les « *strict liability offences* » ou « *absolute*

¹²¹⁷ V. La dépénalisation de la vie des affaires, rapport présenté par J.-M. Coulon, France, Ministère de la justice, Paris, La Documentation française, février 2008.

¹²¹⁸ Ce noyau dur serait constitué pour la doctrine par les infractions qui causent un trouble important à l'ordre social, une atteinte au corps social. Il existerait ainsi « des obligations posées par des normes primaires de la législation qui nécessitent, *per se*, le recours au droit criminel » (G. Royer, L'efficience en droit pénal économique, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit, économie, 2009, p. 67, n°43).

¹²¹⁹ V. Rapport Coulon préc., p. 39. La lettre de mission du Garde des Sceaux l'envisageait expressément : « Il pourra également proposer leur adaptation ou leur remplacement par des procédures civiles ou commerciales ou par des sanctions administratives, disciplinaires ou pécuniaires » (p. 3). V. les p. 28 suiv. qui étudient les différents instruments juridiques de droit administratif qui pourraient constituer des alternatives à l'infraction pénale : les injonctions administratives, les sanctions administratives des services de l'État et des autorités administratives indépendantes. Les propositions pour dépénaliser certaines infractions en faveur du droit administratif sont examinées et rejetées au motif par exemple que la substitution du droit administratif au droit pénal ne constitue pas une véritable dépénalisation car le comportement est toujours sanctionné, que les garanties procédurales sont moindres et que la place de la victime n'est pas garantie (p. 38).

¹²²⁰ V. Y. Mayaud, « La justice pénale dans le monde des affaires », *Justices. Revue de droit processuel*, 1995, n° 1, p. 35-43. V. A. Ashworth, L. Zedner, « Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions », *Crim Law and Philos* (2008) 2:21-51.

¹²²¹ V. Hampton review on regulatory inspections and enforcement, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, HM Treasury, 2005 ; R. Macrory, *Regulatory Justice – Making Sanctions Effective*.

¹²²² V. l'article 610-5 du nouveau code pénal qui prévoit que « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{re} classe ». V. B. Seiller, *L'acte administratif*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, juin 2003, n°870.

¹²²³ V. concl. Romieu sous l'arrêt Tribunal des Conflits, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, Rec. 713, concl. Romieu (D. 1903.3.41, concl. Romieu ; S. 1904.3.17, concl. Romieu, note Hauriou) ; V. G.A.J.A., 17^e éd., n° 10 ; V. Roger-Gérard Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 93, 1969, spéc. p. 122 suiv..

¹²²⁴ V. J. Rowan-Robinson, P. Q. Watchman, C. R. Barker, *Crime and regulation: a study of the enforcement of regulatory codes*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1990, p. 183.

liability offences », celles où l'élément moral n'est pas requis pour qu'elles soient constituées et qui concernent en général dans le domaine des activités réglementées¹²²⁵.

Quatre arguments sont en général avancés pour préférer le droit administratif : la responsabilité pénale des personnes morales (1), l'élément moral de l'infraction (2), la sévérité de la peine (3) et l'interprétation stricte de la loi pénale (4).

I — La responsabilité pénale des personnes morales

357. La première insuffisance, souvent relevée et désormais obsolète est l'impossibilité pendant longtemps de traduire des personnes morales devant le juge, mais on doit constater sur ce point que la sanction administrative, comme l'avaient autrefois remarqué Henry Nezard et Roger Bonnard¹²²⁶, a devancé la répression pénale. Or, ce sont bien des personnes morales que les autorités administratives vont sanctionner. Mais cette impossibilité est désormais caduque en raison des réformes pénales en France¹²²⁷. Cet argument ne peut être retenu s'agissant du Royaume-Uni. Le *common law* n'a pas eu de difficulté à reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales lorsque la loi le prévoit¹²²⁸. La doctrine s'interroge néanmoins sur le problème de la culpabilité des personnes morales. En effet, l'aspect intentionnel de l'infraction ou *mens rea*, semble difficile à prouver s'agissant de personnes morales. Cette difficulté est soit surmontée par le législateur soit par les juridictions qui ont « entrepris de manipuler les concepts de *mens rea* et d'*actus reus*, tels que compris traditionnellement, afin de rendre possible la conclusion qu'une entreprise fut la cause d'un résultat ou eut l'intention ou prévut une conséquence »¹²²⁹. Une entreprise pourra donc être tenue pour responsable des actes répréhensibles des ceux de ses membres, en général dirigeants, qui représentent « son esprit et sa volonté dirigeante »¹²³⁰.

¹²²⁵ V. R. Glover, « Regulatory Offences and Reverse Burdens: The 'Licensing Approach' », *Journal of Criminal Law*, 2007, n°71, p. 259.

¹²²⁶ V. H. Nezard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Thèse, Droit, Paris, 1903, p. 246 ; R. Bonnard, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse, Droit, Bordeaux I, 1903, p. 48.

¹²²⁷ V. alinéa 1^{er} de l'article 121-2 du code pénal. La réforme du code pénal intervenue en 1994 a étendu aux personnes morales une responsabilité pénale qui n'était envisagée que de manière personnelle par le code pénal de 1804 en dehors de quelques législations spéciales (v. par ex. dans l'ordonnance du 5 mai 1945, les entreprises de presse ayant favorisé les entreprises de toute nature de l'ennemi). La réforme de 2004 a encore accru les hypothèses de responsabilité puisque, « depuis le 31 décembre 2005, cette responsabilité est générale et applicable à l'ensemble des infractions sans que la loi ou le règlement ait besoin de le prévoir explicitement » (v. F. Molins, *Action publique*, janvier 2009, n° 49, in *Répertoire de droit pénal*, Dalloz ; v. aussi loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 54). V. pour un exposé général R. Bernardini, *Personne morale*, novembre 2001, in *Répertoire de droit pénal*, préc..

¹²²⁸ V. Archbold *Criminal Pleading Evidence & Practice*, 2010 Ed, n° 1-78. V. plus généralement Celia Wells, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 2001. Pour une illustration récente dans l'hypothèse dans laquelle les juges ont conclu que l'infraction d'un individu pouvait être imputée à la société : v. *Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens*, avec le comm. de D. Halpern, *The Modern Law Review*, (2010) 73(3) 487-493.

¹²²⁹ V. J. Herring, *Criminal law : text, cases, and materials*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2nd ed, 2006, p. 758.

¹²³⁰ V. *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.* [1915] A.C. 705 ; *Bolton (Engineering) Co. v. Graham* [1957] 1 Q.B. 159 (spéc. le discours de Lord Denning M.R., p. 172) ; *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* [1972] A.C. 153. In *R. v. Andrews Weatherfoil Ltd*, 56 Cr.App.R. 31. V. pour une analyse Archbold *Criminal Pleading Evidence & Practice*, 2010 Ed, n° 17-30, *Offences By Corporations*.

L'absence de responsabilité pénale des personnes morales a pu justifier en France la préférence pour la sanction administrative. L'absence d'élément moral dans l'infraction administrative peut aussi constituer un argument en faveur de la voie administrative.

2 — L'élément moral de l'infraction

358. La répression administrative fait en général l'économie de l'élément moral de l'infraction : « en matière administrative, la tendance dominante est de se contenter d'une simple faute matérielle »¹²³¹. La preuve de l'intention n'est pas nécessaire en droit administratif répressif alors qu'elle est consubstantielle au droit pénal¹²³² même si, parfois, « il est souvent reproché au juge pénal de modifier la nature de l'élément moral »¹²³³ et même pour certaines infractions, la preuve de l'élément moral peut être allégée¹²³⁴. Le même constat peut être fait en droit pénal anglais où la nécessité de prouver l'élément moral de l'infraction ou *mens rea* rend difficile la poursuite des infractions¹²³⁵.

Néanmoins les droits pénaux anglais et français connaissent des infractions non intentionnelles (pour les contraventions en droit français et les infractions dites *strict liability offences*) Les recherches et les appels pour réserver la voie pénale aux infractions les plus graves et nécessitant la preuve d'une intention coupable remontent au moins aux années 1970¹²³⁶.

La sévérité de la sanction constitue aussi un argument en faveur de la répression administrative et permet de fournir un critère pour cerner le cœur du droit pénal.

¹²³¹ V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, préc..

¹²³² V. article 121-3, « il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre ». V. B. Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, Coll. Précis, 21^e éd., janvier 2009, p. 234 suiv..

¹²³³ V. V. Malabat, « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », in Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Litec, coll. Colloques et débats, 2009, pp. 1-13.

¹²³⁴ V. B. Bouloc, Droit pénal, préc., p. 236-237 : « Selon l'art. 121-3, « il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Le principe est donc que les infractions graves (crimes ou délits) sont naturellement intentionnelles. Toutefois, ils ont prévu, lorsque la loi en disposerait ainsi, qu'il y aurait délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui et également en cas d'imprudence ou de négligence. Ainsi, une faute peut suffire en matière de délits. Par ailleurs, l'art 339 de la loi d'adaptation 16 décembre 1992 a entendu régler la question pour les délits matériels résultant de textes antérieurs au nouveau Code pénal. Ceux-ci ne peuvent être constitués qu'en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Cette disposition impose donc la constatation d'une faute pour les délits non intentionnels régis par des lois spéciales 1. Quant aux contraventions, elles peuvent comporter un élément intentionnel, ou une faute, mais celle-ci ne peut pas être retenue en cas de force majeure ».

¹²³⁵ V. J. Rowan-Robinson, P. Q. Watchman, C. R. Barker, Crime and regulation : a study of the enforcement of regulatory codes, préc., p. 192. Ces auteurs citent à l'appui de cette conclusion l'étude de S. Uglow, « Defrauding the Public Purse: Prosecuting in Social Security, Revenue and Excise Cases », Criminal Law Review, 1984, p. 128. Cette étude montre que les infractions relatives à la sécurité sociale sont plus faciles à poursuivre, car la preuve de l'élément moral n'est pas requise.

¹²³⁶ V. la première étude sur l'hygiène et la sécurité au travail par ex. qui critique le recours à la justice pénale : Committee on Safety and Health at Work, Safety and Health at Work: report of the Committee, 1970-72, London, H.M.S.O., 1972. V. aussi la conclusion du document de travail de la Law Commission : « criminal sanctions should not be attached to conduct which is blameless and that, except in special cases, negligence should be the minimum requirement for criminal liability, even in the area of regulatory legislation » (Law Commission, Strict Liability and the Enforcement of the Factories Act 1961, 1970, Working Paper 30.

359. Jacques-Henri Robert avance une autre raison justifiant le recours à la sanction administrative : la sévérité moins grande de celle-ci¹²³⁷. Ce dernier argument fonctionne toutefois dans les deux sens. S'il est vrai que la sanction administrative a un caractère plus expéditif, en raison notamment du caractère exécutoire des décisions administratives ; certains auteurs soulignent que le droit pénal apparaît inadapté, car les peines qu'il prévoit semblent disproportionnées par rapport aux faits reprochés dans le cadre des activités étudiées. La doctrine a remarqué ceci à de nombreuses reprises : « le droit pénal s'efface tout simplement parce qu'il ne s'applique pas ! Les raisons en sont multiples : emprisonnement et/ou amende sont rarement appropriés s'agissant de journalistes ou d'organes de presse ; le parcours procédural enduré par les victimes de délits de presse est dissuasif ; le ministère public est réticent à poursuivre quand la liberté d'expression est en jeu... Les occasions d'impunité ne manquent donc pas »¹²³⁸. L'argument de la sévérité de la sanction peut jouer aussi contre la répression administrative et il n'est pas sûr que le droit pénal ne connaisse pas à l'avenir un regain d'intérêt étant donné les limites des sanctions administratives pécuniaires en cas d'infraction lucrative. Dans d'autres cas, le contrevenant peut aussi transférer au consommateur la sanction, lorsqu'il dispose de suffisamment de poids sur le marché. Dans ce cadre, le droit pénal est certainement plus dissuasif que le droit administratif¹²³⁹. Toutefois, l'expérience européenne montre que le choix du tout pénal amène à des résultats peu satisfaisants : comme le conclut Laurence Idot, à partir de l'étude du réseau européen de concurrence, « en définitive, les deux pays qui ont opté pour le tout pénal – l'Irlande et l'Estonie – sont les moins efficaces à l'intérieur du Réseau »¹²⁴⁰.

360. L'étude de la sévérité de la sanction amène à recentrer le droit pénal sur les infractions les plus graves. Au Royaume-Uni, les arguments qui sont avancés pour préférer la voie répressive administrative à la voie pénale sont du même ordre. Récemment par exemple le gouvernement a justifié le choix d'attribuer un pouvoir de sanction administrative pécuniaire à l'autorité administrative en charge de la protection des données personnelles par le sentiment que la voie pénale doit être réservée aux infractions les plus graves¹²⁴¹. La doctrine, à la suite des juges, a ainsi fait la distinction entre deux types d'infraction : les crimes, *mala in*

¹²³⁷ V. Jacques-Henri Robert, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995 Chroniques p. 76

¹²³⁸ V. J. Françillon, « Médias et droit pénal Bilan et perspectives », Revue de science criminelle 2000 p. 59.

¹²³⁹ V. sur ce point les développements de G. Parléani, « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », n°3 in La sanction des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce, Colloque 5^e journée Christian Gavalda, Concurrences, n°1, 2008. Cet auteur cite notamment les recommandations de l'O.C.D.E. en matière d'entente injustifiable dite aussi *hardcore* (recommandation du 25 mars 1998). V. aussi l'appréciation de C. Lucas de Leyssac : « Les travaux réalisés dans le cadre de l'OCDE ont démontré par des analyses économiques fouillées que dans certaines configurations de marché, la seule sanction susceptible d'assurer le respect de la règle de concurrence est la sanction pénale menaçant la liberté des personnes physiques qui organisent les pratiques interdites » (« L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce », p. 23, n°11).

¹²⁴⁰ V. L. Idot, « Le droit des États membres de l'Union européenne », colloque préc., p. 16, n°14.

¹²⁴¹ V. La loi sur la protection des données personnelles de 1998 a été modifiée par le Criminal Justice and Immigration Act et les dispositions sont entrées en vigueur le 6 avril 2010. À la Chambre des Communes, le Gouvernement a déclaré : « criminal liability is generally reserved for unlawful behaviour that is sufficiently serious to merit the most stringent liability that the law can impose ». Dès lors, la nouvelle infraction pénale prévue « would be a disproportionately heavy-handed penalty where there has been no intent or wilfulness in the data controller's non-compliance ».

se et, pour reprendre les mots du juge Wright, les actes qui « ne sont pas criminels d'aucune manière réelle, mais qui sont des actes qui sont interdits dont l'intérêt public sous peine d'une pénalité (plutôt que de l'emprisonnement) »¹²⁴². Ces derniers pourraient ainsi être attribués à la voie administrative. Dans le droit fil de cette distinction, le rapport Macrory propose ainsi de réserver la voie pénale aux infractions les plus sérieuses, « qui manifestent un mépris intentionnel ou imprudent ou répété de la loi »¹²⁴³. La même voie a été explorée en France par la Commission de révision du Code pénal, en collaboration avec la Commission Justice pénale et droits de l'homme. Les principes directeurs élaborés par la Commission relèvent ainsi de la même logique de distinction des différentes voies de droit en fonction de la logique propre à chacune d'elles, mais aussi en fonction de la gravité du manquement que l'on veut sanctionner : « La méthode consiste à distinguer les différents modèles de sanction relevant des instances étatiques (ce qui exclut les sanctions disciplinaires d'ordre privé). En effet, chaque modèle a sa logique propre : punition selon le modèle pénal, régulation selon le modèle administratif, réparation selon le modèle civil, réconciliation selon le modèle de la médiation. Et chacune de ces logiques implique une échelle de gravité différente : gravité de la faute dans le modèle pénal, ampleur du dysfonctionnement dans le modèle administratif, importance du dommage dans le modèle civil, étendue du conflit dans le modèle de médiation »¹²⁴⁴.

Enfin, la doctrine a étudié un élément qui, dans l'optique de l'efficacité de la répression, favorise la répression administrative, il s'agit de l'interprétation stricte de la loi pénale.

4 — *L'interprétation stricte de la loi pénale*

361. Le problème de fond que permet de résoudre le droit administratif répressif est le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Comme le dit Frédéric Stasiak, « Le principe de l'interprétation stricte ferait échapper un certain nombre de comportements répréhensibles aux sanctions prévues par les textes répressifs ce qui conduit, une fois de plus, à douter de l'efficacité de la répression pénale. Au contraire, l'administration, affranchie de la rigueur du principe de légalité, peut dispenser une répression plus appropriée dans les domaines de la concurrence, de la bourse et de l'audiovisuel »¹²⁴⁵. En ce sens, l'essor du droit administratif répressif manifesterait un déclin de la légalité. La définition légale des infractions et des peines est très succincte dans les textes de loi étudiés. Ainsi, l'A.R.C.E.P. sanctionne « les manquements qu'elle constate [...], aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre »¹²⁴⁶. À cet égard, le législateur anglais est plus précis, mais en fait c'est la mise en

¹²⁴² V. Wright J in *Sherras v De Rutzen* [1895] 1 QB 918 at 922. Traduction libre de : « a class of acts ... which are not criminal in any real sense, but are acts which in the public interest are prohibited under a penalty' (rather than imprisonment) ».

¹²⁴³ V. Macrory Report, préc., p.38, n° 3.6.

¹²⁴⁴ V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, préc..

¹²⁴⁵ F. Stasiak, Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, Thèse dactyl., Nancy II, 1995, p. 77. Cet auteur concède toutefois que la méthode d'interprétation du juge pénal apporte un tempérament à la rigueur de ce constat : « le juge ne doit pas s'arrêter à la lettre du texte, mais doit rechercher, dans toute la mesure du possible, l'objectif visé par le législateur » (p. 78). V. l'avis concordant de G. Champagne, La sanction de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique, Thèse dactyl., Poitiers, 1979, p. 187. et p. 237

¹²⁴⁶ V. article L. 36-11 du CPCE.

demeure qui viendra préciser l'infraction¹²⁴⁷. Nonobstant ce constat, la loi ne définit pas d'infraction précise ; il s'agit d'infraction aux obligations générales qui s'imposent aux entreprises du secteur.

Le droit pénal présente donc incontestablement certaines limites, lesquelles peuvent permettre de rendre compte de l'engouement pour la répression administrative tant en France qu'au Royaume-Uni. Néanmoins, il est possible de se demander si le droit de l'Union européenne ne manifeste pas une préférence pour la répression administrative.

B — La préférence du droit de l'Union européenne pour la répression administrative

362. Nous avons montré précédemment que la transposition en droit interne anglais et français des dispositions de droit de la concurrence s'était traduite par l'adoption d'un modèle administratif de répression qui a décomplexé les deux systèmes juridiques. Ainsi, la C.N.C.L. en France a invoqué ce précédent pour se voir attribuer un pouvoir de sanction pécuniaire. De même, en Angleterre, l'introduction du Competition Act de 1998 s'est traduite par l'extension des pouvoirs répressifs du directeur général.

Le droit de l'Union européenne présente-t-il une préférence historique et structurelle pour la répression administrative ? Le premier auteur à s'être posé la question est David Gerber¹²⁴⁸. Il est en effet étonnant que, les États-Unis ayant présidé à l'instauration d'un droit de la concurrence en Europe, sa mise en place ne se soit pas traduite par l'adoption du même système d'exécution, le droit de la responsabilité. Au contraire, tant au niveau européen qu'au niveau interne, c'est le droit de la répression administrative qui s'est trouvé mobilisé¹²⁴⁹. David Gerber explique ce choix par l'influence de l'Allemagne dans la mise en place du modèle européen de droit de la concurrence. Cet auteur voit dans la pensée ordolibérale l'origine du modèle administratif de sanction des pratiques anticoncurrentielles,¹²⁵⁰ car les ordolibéraux ont eu une influence décisive sur la construction européenne¹²⁵¹. Les études historiques attestent aussi de cette influence¹²⁵². Le règlement 17/62 qui met en œuvre pour la

¹²⁴⁷ V. article 96(1) du Communications Act de 2003.

¹²⁴⁸ V. D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1998.

¹²⁴⁹ V. cette affirmation de David Gerber : « Most European countries enacted competition legislation based on the images that had taken shape in the late 1920s and that I call the administrative control model of competition law » (*Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 165, et aussi p. 173).

¹²⁵⁰ V. D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 254. David Gerber rapporte ainsi la pensée de Walter Eucken : « An autonomous monopoly office was to have sole responsibility for enforcing competition law norms. It would investigate alleged violations of the statute, and it would have authority to take enforcement actions. This included, for example, invalidating cartel contracts and ordering that particular conduct be terminated, in some cases with the threat of fines for failure to comply. The actions of the office were to be subject to review by the regular courts for their conformity to the economic constitution. According to Eucken, in the situation of the modern industrial state this great, central figure of the monopoly office had to appear. Without it the competitive order and with it the modern Rechtsstaat is threatened. The monopoly office is as indispensable as the highest court ». V. aussi F. Denord, « Néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », *Histoire, économie & société*, 2008/1, pp. 23 suiv. ; V. L. Warloutzet, *Le choix de la CEE par la France. Les débats économiques de Pierre Mendès-France à Charles de Gaulle (1955-1969)*, Paris, CHEFF, 2011, spéc. p. 143, p. 181.

¹²⁵¹ V. D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, p. 264.

¹²⁵² V. L. Warloutzet, *Le choix de la CEE par la France. Les débats économiques de Pierre Mendès-France à Charles de Gaulle (1955-1969)*, Paris, CHEFF, 2011, spéc. p. 143, pp. 150-151.

première fois les articles 85 et 86 du Traité de Rome sur la prohibition des ententes et des abus de position dominante choisit clairement un système administratif de répression, centralisé dans les mains de la Commission. La France s'était d'ailleurs opposée à ce projet, mais c'est la position allemande qui a prévalu. Laurent Warlouzet estime ainsi : « Il se fonde très largement sur la conception allemande de la politique de la concurrence »¹²⁵³, conception basée justement sur un mode administratif de répression.

363. En somme, le droit de l'Union européenne a joué un rôle non négligeable dans le développement de la répression administrative en France et au Royaume-Uni, et ceci, très certainement, en raison de l'influence idéologique de l'ordolibéralisme allemand. En revanche, l'absence d'études d'histoire juridique sur ce point ne permet pas d'affirmer — même si on peut le soupçonner — que le droit administratif allemand, qui accepte traditionnellement la répression administrative, ait eu une influence sur l'adoption des mécanismes européens¹²⁵⁴.

Si le droit pénal est ainsi concurrencé par le droit administratif dans la répression des actes illégaux, c'est pour plusieurs raisons qui tiennent tout à la fois aux caractères de l'infraction et particulièrement à sa gravité. Le droit pénal serait ainsi cantonné aux infractions les plus graves tandis que le droit administratif pourrait prendre le relais pour sanctionner les méfaits les moins sensibles.

Le droit des obligations et le droit pénal ne sont pas les seuls droits dont les insuffisances permettent de rendre compte de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Le droit de la concurrence manifeste aussi certaines limites lorsqu'il doit être mis en œuvre dans les secteurs régulés.

III — Le droit de la concurrence et les secteurs régulés

364. Cette fonction manifeste aussi une limite du droit de la concurrence. Les litiges en question pourraient en effet être traités sous l'angle du droit de la concurrence. La théorie des « facilités essentielles »¹²⁵⁵ pourrait ainsi être utilisée pour forcer un opérateur à permettre

¹²⁵³ V. L. Warlouzet, *Le choix de la CEE par la France. Les débats économiques de Pierre Mendès-France à Charles de Gaulle (1955-1969)*, préc. p. 174.

¹²⁵⁴ V. K. Glaab, *L'exécution forcée des décisions de l'administration : Une comparaison franco-allemande*, Thèse Université Paris 1 - Pantheon – Sorbonne, Universität des Saarlandes, 2009. L'auteur de cette thèse range le système allemand dans le camp des systèmes « régimes administratifs » d'exécution des actes administratifs : « Dans le « régime administratif », dont l'exemple type est celui qu'on pratiquait dans l'État prussien, l'exécution forcée des obligations découlant d'un acte administratif individuel relève de la compétence originelle et exclusive de l'administration. L'acte administratif individuel est en même temps l'acte qui crée les obligations imposées aux administrés et l'acte qui sert directement comme titre exécutoire contre eux. À la différence d'un simple particulier, l'administration n'a pas besoin d'aller devant le juge et de demander l'émission d'un titre judiciaire l'habilitant à l'usage de la force. Le pouvoir de l'administration d'édicter unilatéralement des actes ayant directement force obligatoire et son pouvoir originel de forcer le destinataire récalcitrant au besoin par la contrainte au respect de son acte (Vollstreckungsbefugnis) sont étroitement liés : l'existence du premier entraîne automatiquement la genèse du deuxième ». V. aussi O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, tome 2, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903-1906, § 22 suiv..

¹²⁵⁵ La bibliographie sur ce sujet est vaste : G. Dezobry, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence* (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles), Thèse dactyl., Université Paris X-Nanterre, 2007 ; M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Concurrence et*

l'accès à ses infrastructures. Force est d'ailleurs de constater que de nombreux litiges de droit de la concurrence dans le secteur des réseaux sont traités par ce biais¹²⁵⁶. De surcroît, les pouvoirs des autorités de concurrence, même s'ils n'ont pas été conçus, comme ceux des autorités sectorielles, pour s'adapter au mieux aux spécificités des besoins du règlement des différends, ces pouvoirs peuvent leur permettre d'appréhender de manière adéquate les pratiques des opérateurs historiques pour retarder l'ouverture de leur réseau¹²⁵⁷. On constate aussi que, en France, le juge judiciaire de l'urgence, appliquant le droit de la concurrence, peut permettre d'appréhender et de résoudre certains différends en lieu et place de l'autorité sectorielle¹²⁵⁸. Historiquement, ce n'est qu'en 1998 que la Commission a commencé à s'intéresser de manière systématique à l'application des règles de concurrence dans les secteurs régulés¹²⁵⁹, si bien qu'aujourd'hui le droit de la concurrence et le droit sectoriel s'appliquent tous deux, permettant de saisir et de réprimer un grand nombre de pratiques nuisant à l'ouverture des marchés.

365. Ainsi, Dusan Popovic constate bien que « le droit commun de la concurrence est [...] applicable en parallèle au droit sectoriel des communications électroniques ». Mais alors quelle place les règles sectorielles laissent-elles au droit de la concurrence ? En effet, constate cet auteur, « le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques régit la plupart des situations problématiques relatives à l'accès et à l'entrée sur le marché qui pouvaient être auparavant résolues en application de la théorie des facilités essentielles »¹²⁶⁰. En réalité, le droit de la concurrence peut aussi apporter des solutions face à des pratiques que le droit sectoriel ne parvient pas à appréhender efficacement¹²⁶¹, en cas, par exemple de refus

consommation, 1^{er} janvier 2001, n°119, pp. 37-44 ; M. Bazex, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », R.A.E., n°2, 1994, pp. 103-114.

¹²⁵⁶ V. S. Martin et F. Levilain, « L'application de la théorie des "facilités" essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », Gazette du Palais, 23 octobre 2002, pp. 4-6 ; G. Calley, « La problématique de l'accès des tiers au réseau dans le secteur postal : une illustration contentieuse par le routage - À propos de CJCE, 6 mars 2008, n° C-287/06 », Petites affiches, 2009, n° 6, pp. 7-17 ; M. Chagny, « À propos de la décision n° 07-MC-03 du conseil de la concurrence du 7 juin 2007, l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications se poursuit », Communication - Commerce électronique 2007, N° 7-8, comm. 94, pp. 35-36 ; G. Decocq, « À propos l'arrêt de la Cour de cassation Chambre commerciale du 23 octobre 2007, France Telecom », Contrats - Concurrence - Consommation, 2007, n° 12, comm. n° 308, pp. 31-32 ; « À propos de la décision n° 04-D-54 du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004, les infrastructures essentielles : une théorie d'application immédiate », Communication - Commerce électronique, 2005, n° 1, comm. n° 15, pp. 43-44.

¹²⁵⁷ V. M. Chagny, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, préc., pp. 420 suiv. : « Le Conseil de la concurrence est doté d'un large pouvoir d'injonction qui lui permet (...) de faire cesser un comportement ou supprimer une disposition contractuelle, mais encore de prescrire différentes mesures parmi lesquelles la modification ou l'adjonction de clauses ». V. aussi G. A. Sofianatos, Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec, L.G.D.J.-Lextenso éd., Bibl. de droit privé, Tome 506, 2009, p. 307, n° 340. V. aussi René Poesy, « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », Petites affiches, 20 octobre 2000 n° 210, p. 4 (spéc. I-B).

¹²⁵⁸ V. Tribunal de commerce de Paris, ord., 20 sept. 2007, Société Eden Plus c. Société La Fabrique de films, n°RG 2007/060451. Le Max Linder cherchait à obtenir une copie du film « Control ». Le juge décide que : « Attendu qu'en l'espèce le refus de la société La fabrique de films de fournir à la société Eden Plus une copie du film "Control" est de nature à restreindre le jeu de la concurrence, ce qui constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser et de prévenir le dommage qui en résulterait pour la demanderesse ».

¹²⁵⁹ V. Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, (98/C 265/02). Cette décision codifie sa pratique décisionnelle.

¹²⁶⁰ V. D. Popovic, Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, LGDJ-Lextenso éd., Collection Bibl. de droit international et communautaire, t. 122, 2009, p. 199, n°574-575.

¹²⁶¹ V. ainsi la décision de la Commission européenne du 21 mai 2003, confirmée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes qui condamne Deutsche Telekom à une amende de 12,6 millions

de contracter ou d'accès¹²⁶², de discrimination¹²⁶³, de pratiques anticoncurrentielles relatives aux prix¹²⁶⁴. De même, un auteur a pu affirmer que la compétence de règlement des différends de l'Autorité de régulation des mesures techniques (aujourd'hui attribuée à la H.A.D.O.P.I.) aurait pu être confiée à l'autorité de concurrence¹²⁶⁵.

366. Toutefois, l'expérience internationale montre toutefois qu'une ouverture du secteur à la concurrence qui reposerait uniquement sur le droit de la concurrence est vouée à l'échec. Ainsi, l'exemple néo-zélandais pousse la doctrine à recommander la mise en place d'un système administratif *ad hoc* de règlement des différends : « les événements néo-zélandais illustrent le fait qu'il est nécessaire de prévoir une agence gouvernementale qui agisse comme un arbitre pour régler les litiges entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants »¹²⁶⁶. Ce pays est en effet un des rares pays à n'avoir pas élaboré de droit sectoriel et à avoir fondé l'ouverture des secteurs en réseau sur le seul droit de la concurrence. Ce choix s'est traduit par un contentieux interminable qui s'est terminé par une décision du Privy Council favorable à l'opérateur historique, si bien que le nouvel entrant rompit toutes les négociations et annonça qu'il ne ferait plus aucun investissement dans la boucle locale jusqu'à ce que l'opérateur historique accepte de baser sa tarification sur le jugement de la Cour d'appel,

d'euros. Cet opérateur « tout en respectant le plafonnement des prix imposé par l'autorité de régulation des télécoms allemande - la RegTP » pratiquait, selon la Commission, un « ciseau tarifaire pour l'accès à la boucle locale (...), et partant, qu'il avait bien abusé de sa position dominante » (A. Ronzano, Lettre CREDA-Concurrence, 18 mai 2010). Il s'agit de l'affaire C-280/08, Deutsche Telekom AG contre Commission européenne. V. aussi CJCE, 24 avril 2008, Arcor AG c. Allemagne et Deutsche Telekom, aff. C-55/06 (v. le comm. de L. Idot, « Abus de position dominante, accès à la boucle locale et effet de ciseaux dans le secteur des télécommunications », Europe n°6, juin 2008, comm. 201 ; M. Bazex, « Vers des « conflits de lois » entre la régulation concurrentielle générale et la régulation sectorielle ? », Droit Administratif n° 2, Février 2011, comm. 22). V. aussi la décision de la Commission rendant obligatoire les engagements de l'opérateur gazier allemand E.ON qui permet aussi d'améliorer l'accès au marché puisque cette société s'est engagée à libérer des volumes de capacité substantiels aux points d'entrée de ses réseaux gaziers d'ici à octobre 2010 (v. Abus de position dominante: les engagements offerts par E.ON ouvrent le marché allemand du gaz à la concurrence, IP/10/494, 04/05/2010). Cette décision montre que le droit de la concurrence peut avoir un impact plus structurel sur le marché que le droit de la régulation. V. aussi l'avis de P. Nihoul, P. Rodford, EU electronic communications law: competition and regulation in the European telecommunications market, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 344, n°4.03 (il faut chercher à utiliser le droit de la concurrence lorsque le droit sectoriel est lacunaire ainsi que pour interpréter celui-ci et le dépasser. V. A. Bavasso, D. Long, « The Application of Competition Law in the Communications and Media Sector: A Survey of Recent Cases », Journal of European Competition Law & Practice, may 2010).

¹²⁶² P. Nihoul, P. Rodford, EU electronic communications law, préc., pp. 357 suiv..

¹²⁶³ P. Nihoul, P. Rodford, EU electronic communications law, préc., pp. 374 suiv..

¹²⁶⁴ P. Nihoul, P. Rodford, EU electronic communications law, préc., pp. 395 suiv.. : prix prédateurs, excessifs, ciseaux tarifaires ou subventions croisées, rabais, ventes liées, etc. Laurence Idot résume l'action de l'autorité de la concurrence française dans les secteurs régulés en affirmant que celle-ci s'est évertuée d'un part à garantir l'accès au marché ainsi que, d'autre part, à exercer un certain contrôle sur les prix (V. L. Idot, « L'autorité de la concurrence, régulateur des industries de réseau ? », in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Paris, Litec, Dalloz, 2011, pp. 183-206, spéc. pp. 187-195).

¹²⁶⁵ V. J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2007, étude 3, §20.

¹²⁶⁶ V. D. Gabel, W. Pollard, « Privatization, Deregulation, And Competition: Learning From The Cases Of Telecommunications In New Zealand And The United Kingdom », The National Regulatory Research Institute, january 1995, NRRI 94-32, p. 111. Traduction de : « The events in New Zealand illustrate the need for a government agency to act as an arbitrator that settles disputes between the incumbent and entrants ».

jugement que le Privy Council avait pourtant annulé. Le délai inacceptable pour négocier l'interconnexion discrédita ce modèle et imposa une intervention publique¹²⁶⁷.

367. Pour Guillaume Dezobry, les autorités de régulation sectorielles disposent de deux types d'avantages par rapport aux autorités générales de concurrence : un avantage institutionnel et des avantages matériels¹²⁶⁸. L'avantage institutionnel résulterait de la connaissance que l'autorité sectorielle a du secteur qu'elle a la charge de réglementer et de la surveillance continue que celle-ci assure sur le secteur, surveillance qui lui permet ainsi de s'assurer de l'effectivité de ces décisions, autrement dit de l'effectivité de l'accès accordée¹²⁶⁹. L'avantage matériel résulterait, lui, des méthodes utilisées, des « méthodes incitatives pour assurer l'efficacité de l'accès »¹²⁷⁰ (en fait le choix de la méthode comptable pour tarifier l'accès). Très certainement, l'avantage essentiel réside aussi dans la rapidité du remède et son adéquation aux besoins. Les directives précisent souvent en effet un délai obligatoire dans lequel les autorités sectorielles nationales doivent rendre leurs décisions : le délai imposé par les directives varie de deux mois dans le secteur énergétique¹²⁷¹ à quatre mois dans le secteur des télécommunications¹²⁷². Que se passe-t-il en pratique ? Si l'on prend comme point de comparaison le secteur des télécommunications¹²⁷³, les autorités anglaise et française des télécommunications arrivent à résoudre les différends dans le temps imparti par les textes européens¹²⁷⁴. En regard, les délais des enquêtes en droit de la concurrence sont beaucoup plus longs si bien qu'il ne peut constituer une option viable pour un essor rapide de la concurrence¹²⁷⁵. On remarque ainsi que les textes ne contraignent pas en général les délais des

¹²⁶⁷ V. Telecom Corporation of New Zealand Ltd & Ors v Clear Communications Ltd. [1994] C.L.C. 1312. V. le comm. C. Blanchard, « Telecommunications regulation in New Zealand: Light-handed regulation and the Privy Council's judgment », Telecommunications Policy, vol. 19, Issue 6, pp. 465-475 ; C. Blanchard, « Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is "light-handed" regulation? », Telecommunications Policy, vol. 18, issue 2 (1994), pp. 154-164 ; C. Blanchard, « Telecommunications regulation in New Zealand: the Court of Appeal's decision. Clear Communications v Telecom Corporation », Telecommunications Policy, vol. 18, issue 9 (1994), pp. 725-733 ; C. Blanchard, « Telecommunications regulation in New Zealand: How effective is "light-handed" regulation? », Telecommunications Policy, vol. 18, issue 2 (1994), pp. 156-157.

¹²⁶⁸ V. G. Dezobry, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, thèse préc., p. 491 suiv..

¹²⁶⁹ V. aussi l'avis concordant de M. M. Dabbah, « The relationship between competition authorities and sectoral regulators: an international comparative perspective », Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper n° 52/2010, p. 10. V. aussi J. Temple Lang, « European competition policy and regulation: differences, overlaps, and constraints », spéc. p. 35 in *Antitrust and regulation in the EU and US : legal and economic perspectives*, préc..

¹²⁷⁰ V. G. Dezobry, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, thèse préc., p. 492.

¹²⁷¹ V. article 23§5 de la directive 2003/54/CE (électricité) ; article 25§5 de la directive 2003/55/CE (gaz).

¹²⁷² V. article 20§1 de la directive 2002/21/CE.

¹²⁷³ L'autre secteur où la comparaison serait possible, le secteur énergétique souffre, du côté français d'un faible nombre de décisions, ce qui rend la comparaison difficile. Ainsi la Commission de régulation de l'énergie a rendu en 2008, une décision de règlement des différends en un peu moins de quatre mois. En 2006, elle a rendu trois décisions dans des délais variant fortement puisque deux décisions ont été rendues en moins de deux mois tandis qu'une autre a mis un tout petit peu moins d'un an à être rendue. Son homologue anglais connaît aussi de grosses disparités, avec des décisions qui ont pu prendre plus d'un an alors qu'Ofgem s'engage à prendre une décision en deux mois (v. *Ofgem's Procedure for Determining Disputes*, §12A).

¹²⁷⁴ V. Ofcom Annual Report 2008 – 2009, Statistical data, Investigations programme ; A.R.C.E.P., Rapport annuel d'activité de l'ARCEP pour 2008, juin 2008, p. 69. Les différends ont été traités par l'A.R.C.E.P. cette année-là en un mois au minimum, délai qui a pu, dans certains cas être porté à quatre mois environ.

¹²⁷⁵ Le délai moyen d'attente d'un dossier devant l'Autorité de concurrence depuis 1989 varie d'environ seize mois (pour l'année 2007) à quarante mois pour l'année 1994 (v. *Autorité de concurrence, Rapport annuel, Rapport d'activité*, 2008, p. 49). Devant l'Office of fair trading, les chiffres sont plus difficiles à trouver car celle-ci ne publie pas ses informations. Un rapport parlementaire met toutefois en évidence la longueur des

autorités de concurrence alors que les autorités sectorielles sont contraintes par des délais très stricts fixés par les textes de droit européen ou de droit interne¹²⁷⁶. Le Médiateur du cinéma, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doivent ainsi rendre leur décision en deux mois ainsi que la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet¹²⁷⁷. Le rapport Perrot-Leclerc, intitulé Cinéma et concurrence, fait ainsi le constat que le Médiateur du cinéma « est [...] en mesure d'intervenir beaucoup plus rapidement que le Conseil de la concurrence — dans la semaine alors que des mesures conservatoires ne peuvent être prononcées par le Conseil avant un délai de trois mois — et donc de prévenir les dommages économiques causés aux opérateurs victimes de comportements anticoncurrentiels »¹²⁷⁸. Le souci d'exactitude impose toutefois de dire qu'il se trouve des exemples — certes rares — où, en France, le tribunal de commerce saisi en la forme des référés a pu donner satisfaction à un requérant, sur le fondement de l'ordonnance de 1986, et forcer un distributeur à fournir la copie d'un film¹²⁷⁹.

368. De manière substantielle aussi, le droit de la concurrence s'avère impuissant à traiter certaines conduites préjudiciables aux nouveaux entrants, car les remèdes qu'il propose ne sont en effet pas adaptés aux spécificités de chaque secteur¹²⁸⁰, si bien que les exemples d'utilisation du droit de la concurrence pour obtenir un résultat équivalant à une demande de règlement des différends sont rares¹²⁸¹. Par exemple, la pratique de ciseaux tarifaires peut être traitée par le droit sectoriel aussi bien que par le droit de la concurrence. Mais, comme le relèvent Damien Geradin et Robert O'Donoghue, « en droit de la concurrence le principe de ciseau tarifaire n'interdit que les marges bénéficiaires brutes si basses (ou négatives) qu'elles constituent des pratiques d'exclusion. Le droit de la concurrence ne confère à l'autorité de

enquêtes devant cette instance qui peuvent durer plus de trois ans avant d'être closes (v. House of Commons, Committee of Public Accounts, Enforcing competition in markets, Forty-second Report of Session 2005–06, HC 841, p. 8). L'Office of communications agissant en tant qu'autorité de concurrence signale en 2008 que les deux enquêtes qu'elle a ouvertes n'ont pu être résolues dans les temps qu'elle s'était fixée (v. Ofcom's Investigations Programme, Report on activity between 1 October 2007 and 31 March 2008, 21 May 2008, p. 4).

¹²⁷⁶ Pour les contraintes temporelles en droit interne : l'A.R.C.E.P. doit rendre ses décisions dans un délai de quatre mois, délai qui peut être porté à six mois (sauf dans le secteur postal où cette extension ne semble pas possible) ; le C.S.A., la C.R.E. et l'A.R.A.F. disposent, eux, d'un délai de deux mois qui peut être porté à quatre mois (sauf pour l'A.R.A.F. pour laquelle la loi ne prévoit pas cette possibilité), voire plus avec l'accord de la partie plaignante. Christophe Lemaire note qu'au niveau de la pratique « Si la CRE et l'ARCEP ont, sauf erreur, toujours réglé les différends dans ces délais, tel n'est pas le cas du CSA » (Les autorités de marché : entre l'ombre et la lumière, *Revue Concurrences*, 2007, n°3, spéc. §20).

¹²⁷⁷ V. article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, article L331-32 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁷⁸ V. Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication par Anne Perrot et Jean-Pierre Leclerc, mars 2008, p. 27.

¹²⁷⁹ V. Tribunal de commerce de Lyon, ord., n° 6672, 26 mai 1988, Société Leareul, SARL c. Société Warner.

¹²⁸⁰ V. les développements sur ce point de J. Temple Lang, « European competition policy and regulation : differences, overlaps, and constraints », spéc. p. 27 in *Antitrust and regulation in the EU and US : legal and economic perspectives*, préc..

¹²⁸¹ V. par ex. Tribunal de commerce de Lyon, ord., n° 6672, 26 mai 1988, Société Leareul, SARL c. Société Warner ; Cour de cassation, comm., 20 mars 1990, n° 88-15.373, Warner Bros c. compagnie du Théâtre de la Cité (« Mais attendu qu'ayant relevé que le refus injustifié de la société Warner de fournir à la compagnie la copie qu'elle sollicitait privait celle-ci de la possibilité de diffuser en même temps que ses concurrents un film qui venait d'être primé au festival de Cannes, et ce dans des conditions telles qu'elles avaient pour résultat de défavoriser ce distributeur indépendant, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, même en l'absence de tout dommage imminent; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches »).

concurrence aucune base pour ordonner à une entreprise verticalement intégrée de prendre une proportion moindre de ses profits totaux en amont, ou de ne pas en prendre du tout, de manière à augmenter le profit des concurrents en aval »¹²⁸². De par sa généralité, le droit de la concurrence est mal adapté pour traiter de pratiques spécifiques ou pour ordonner certains comportements afin d'ouvrir le secteur, là n'est pas son rôle. Le droit de la concurrence traite des pratiques restrictives de concurrence, mais il ne peut servir de base pour imposer des obligations positives aux acteurs du marché. Il ne peut en outre prendre en compte d'autres considérations comme des considérations de qualité ou des obligations de services publics¹²⁸³.

En somme, il est possible d'affirmer avec Pierre Larouche que le droit de la concurrence souffre d'une insuffisance qui résulte non seulement des trous (« *gaps* ») pour lesquels il n'offre pas de solution probante, mais aussi de défis que le droit de la concurrence seul ne peut prendre en charge (les problèmes de convergence ou de changement dans la structure de marché) et enfin de réels désavantages (uniformité, manque de flexibilité et opacité)¹²⁸⁴.

369. Par ailleurs, les autorités sectorielles ont des missions plus larges que celles des autorités de concurrence. Elles doivent ainsi tenir compte d'objectifs d'intérêt général autres que la concurrence. C'est d'ailleurs le critère que Gérard Marcou et Marie-Anne Frison-Roche utilisent pour définir la fonction de régulation¹²⁸⁵. Anne Perrot et Jean-Pierre Leclerc notent ainsi que le Médiateur du cinéma doit certes favoriser le fonctionnement concurrentiel du marché, mais aussi participer, par son action, à la réalisation d'objectifs d'intérêt général : il exerce ainsi « une action complémentaire aux mécanismes de concurrence dans la mesure où il doit également favoriser « la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général » »¹²⁸⁶. C'est aussi la différence que met en avant Maher M. Dabbah qui appuie sur le fait que la régulation poursuit des objectifs plus structurants que le droit de la concurrence dont l'intervention est ciblée sur les échecs du marché¹²⁸⁷. Ce constat pose d'ailleurs un problème aux autorités sectorielles anglaises qui sont compétentes non seulement pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, mais aussi pour mettre en œuvre la politique générale du secteur dans le cadre des lois spécifiques. Or, certaines

¹²⁸² V. D. Geradin, R. O'Donoghue, « The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector », *Journal of Competition Law and Economics* 2005 1(2):355-425, spéc. p. 361 ; P. Choné, « Régulation des infrastructures et politique de la concurrence », *Concurrences* n° 1-2011; D. Sevy, « Régulation et concurrence - Quelle convergence ? », *Concurrences* n° 1-2011.

¹²⁸³ V. D. Geradin, R. O'Donoghue, « The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector », *préc.*, p. 362-363.

¹²⁸⁴ V. P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, pp. 322 suiv..

¹²⁸⁵ V. G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p. 347 ; M.-A. Frison-Roche, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Nov. 2010, étude 34.

¹²⁸⁶ V. Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication par Anne Perrot et Jean-Pierre Leclerc, mars 2008, p. 27. V. aussi C. Cournil, F. Reneaud, « Salles de cinéma et concurrence – “Les liaisons contentieuses” », *Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 11, 12 Mars 2009, 1251, n°36.

¹²⁸⁷ V. « The differences between the two types of measures can be attributed to the different ways in which these measures attempt to resolve issues: under competition law reliance is placed mainly on the market mechanism with the law being used in situations of market failure, whereas in sectoral regulation reliance is placed on the regulator and intervention is intended to be frequent and sometimes heavy because intervention is thought to achieve the desired outcomes behind regulation ». M. M. Dabbah, « The relationship between competition authorities and sectoral regulators: an international comparative perspective », *préc.*, p. 6.

autorités comme l'autorité de l'énergie, Ofgem, n'ont pas manqué de souligner les conflits potentiels entre ses objectifs sectoriels et les objectifs du droit de la concurrence¹²⁸⁸.

370. Il faut enfin ajouter que les méthodes des deux types d'autorités sont différentes. Alors que les autorités de concurrence ont un rôle d'analyse des marchés qui impose en conséquence de maîtriser des compétences économiques, les autorités de régulation sectorielles, elles, ont un travail d'examen des coûts de l'opérateur historique. Cette différence implique de maîtriser des compétences différentes : des compétences économiques (de théorie micro-économique) pour les autorités de concurrence ; des compétences de comptabilité pour les autorités sectorielles.

Le droit de la concurrence n'est donc pas adapté pour résoudre les difficultés structurelles d'un secteur¹²⁸⁹. La fonction de règlement des différends permet ainsi d'approfondir les impératifs concurrentiels dans ces domaines en fournissant des règles plus adaptées aux spécificités de ceux-ci.

371. En somme, les différents droits communs étudiés (droit des obligations, droit privé des biens, droit pénal, droit de la concurrence) présentent des insuffisances que les droits sectoriels permettent de pallier. À ces facteurs, il faut rajouter des éléments, plus marginaux, mais néanmoins importants, qui tiennent aux rigidités propres aux systèmes juridictionnels des deux pays et qui peuvent aussi apporter une contribution à la compréhension de la fonction contentieuse des autorités sectorielles.

IV — *Les rigidités propres au système juridictionnel*

Ces arguments, qui pourraient sembler surabondants, ne sont en effet pas spécifiques à la justification de la fonction contentieuse des autorités sectorielles à l'étude. Ils ont été avancés souvent, surtout au Royaume-Uni, pour préférer la forme du *tribunal* à celle de la juridiction. Ils doivent cependant être étudiés si l'on veut avoir une image exacte des facteurs proprement juridiques qui ont présidé à la naissance de cette fonction contentieuse. On étudiera successivement les rigidités propres au système de *common law* (A), avant d'analyser celles du système juridictionnel français (B).

A — *Les rigidités du système juridictionnel de common law*

Deux arguments sont couramment invoqués, dans la littérature juridique, pour rendre compte du choix de privilégier un système administratif à un système juridictionnel de décision individuelle. Le premier tient aux inconvénients de la règle du *precedent* (1) et le second à l'idée, très prégnante, de la nécessité de séparer le droit – du seul ressort du juge – de la politique – pour laquelle l'Administration serait plus compétente (2).

¹²⁸⁸ V. le rapport suiv. : Report of the House of Lords Select Committee, « UK Economic Regulators » (2007).

¹²⁸⁹ Une thèse récente défend néanmoins le point de vue selon lequel le droit de la concurrence devra, à termes, devenir le « contrôle unique » des secteurs régulés : T. Galanis, Droit de la concurrence et régulation sectorielle: l'exemple des communications électroniques, Bruylant, 2010.

1 — La règle du précédent en common law

Un argument spécifique au *common law* est avancé pour préférer la voie administrative à la voie judiciaire, il s'agit de la rigidité de la règle du *precedent*.

372. Cet argument n'est pas documenté concernant spécifiquement le règlement des différends devant les autorités de régulation, mais il l'est en revanche concernant les *tribunals*. Or ces deux structures partagent un caractère commun, leur caractère administratif, lequel explique leur faveure : l'absence de règle du *precedent* devant l'autorité administrative¹²⁹⁰ alors qu'elle est consubstantielle à la justice de *common law*. Cette différence a ainsi été relevée par la Commission Franks¹²⁹¹. Elle ne doit cependant pas être surestimée ni être par trop généralisée¹²⁹². En effet, si un *tribunal* n'est pas lié par ses propres précédents, il l'est par les décisions des cours qui le contrôlent par la procédure de *judicial review* ou, le cas échéant, par l'existence d'un *appeal*¹²⁹³, ce qui correspond d'ailleurs à la position française selon laquelle l'Administration doit respecter les décisions du juge revêtues de l'autorité de chose jugée¹²⁹⁴. L'intérêt de la règle du *precedent* est d'apporter à la fois une certitude par rapport au droit, en supprimant les risques d'arbitraire dans la décision de justice, et une plus grande égalité dans le traitement des affaires particulières¹²⁹⁵. Or, ces deux objectifs peuvent être atteints très facilement en droit administratif par la pratique des circulaires qui se sont d'ailleurs développées devant ces instances administratives.

Malgré tout, on voit bien que la règle du *precedent* judiciaire est mal adaptée aux procédures de règlement des différends ou de sanction devant les autorités de régulation.

Mais une idée plus prégnante encore, est celle de la séparation du droit et de la politique.

2 — La séparation du droit et de la politique

Un autre argument que l'on retrouve souvent dans les études sur le droit administratif afin de justifier la mise à l'écart du juge, est la séparation du droit et de la politique : le droit serait ainsi du seul ressort du juge et la politique celui de l'Administration. Il ne nous appartiendra pas de remettre en question cette distinction, car, malgré son incertitude, elle a une influence pratique importante sur les décideurs et en droit. Ainsi, le recours en *judicial review* est profondément influencé par cette distinction puisqu'il justifie, pour le juge, la limitation de son contrôle¹²⁹⁶. Par ailleurs, les juges anglais se sont toujours montrés très réticents à se voir

¹²⁹⁰ V. Les *tribunals* ne sont pas autorisés à établir des *precedent*, source de droit pour leur décisions : v. *Merchandise Transport Ltd v. British Transport Commission* (1962) 2 Q.B. 173 concernant le Transport Tribunal.

¹²⁹¹ V. Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, §263.

¹²⁹² V. l'importante étude sur le sujet de) J.A. Farmer, *Tribunals and government*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1974, pp. 171-180.

¹²⁹³ V. sur ce point l'avis très net de R.E. Wraith and P.G. Hutchesson (*Administrative tribunals*, London, Allen & Unwin for the Royal Institute of Public Administration, 1973, p. 274) et l'exposé in Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system, London, Sweet & Maxwell, 4th ed, 2002, p. 512, n°7-030.

¹²⁹⁴ V. J.-F. Lachaume, *Violation de la règle de droit*, janvier 2009, n° 307, in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010.

¹²⁹⁵ V. sur ce point Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system, London, Sweet & Maxwell, 4th ed, 2002, p. 477, n°7-001

¹²⁹⁶ K. C. Davis explique ainsi que : « English judges have imposed shackles upon themselves that prevent them from using their own resourcefulness in frankly and avowedly creating a body of law of *judicial review* that

attribuer des fonctions qu'ils estiment être des fonctions politiques¹²⁹⁷. Cette attitude très réservée des juridictions à l'égard de décisions qu'ils estiment relever de la « politique » s'explique par le contexte constitutionnel anglais. La souveraineté du Parlement interdit aux juges de mettre en question une loi si bien que les juges ont en Angleterre une attitude très déférente à l'égard de l'intention du Parlement¹²⁹⁸. Cette déférence s'inscrit ainsi dans la conception anglaise de la « *rule of law* » théorisée par Dicey.

373. L'influence de ce critère a été documentée dans le domaine de la concurrence et permet ainsi d'illustrer cette réticence des juges à se voir attribuer des compétences qu'ils estiment être du seul ressort de l'Administration. La création en 1956 du Restrictive Practices Court¹²⁹⁹ s'explique ainsi par la volonté de « retirer ces questions de la sphère politique pour l'attribuer à la sphère juridictionnelle »¹³⁰⁰. En effet de nombreuses décisions d'interdire des pratiques restrictives et notamment des ententes furent motivées par des raisons politiques. L'attribution de ces décisions aux juges permettait ainsi d'assurer l'impartialité de la décision et de l'isoler d'éventuelles pressions politiques¹³⁰¹. Les juges étaient ainsi chargés de vérifier si la pratique en question, en théorie illégale, ne pouvait pas être justifiée par certains critères posés par le législateur. R. B. Stevens et B. S. Yamey ont mis en évidence l'inadaptation de la justice au traitement de ce type de question. Pour ces auteurs, la tâche qui incombe ici aux juges apparaît différente de celle qui leur échoit en général, qui consiste à évaluer des preuves¹³⁰². Ces auteurs craignent que l'attribution de compétences qu'ils estiment être des missions politiques aux juges ne diminue le prestige de la justice. Les juges furent en outre réticents à se voir attribuer cette nouvelle fonction. Les questions de concurrence n'étaient pour eux pas « justiciable »¹³⁰³. Aussi, cette compétence leur fut-elle finalement retirée pour la conférer à un organe administratif.

À la rigidité de la règle du *precedent* s'ajoute donc celle de la séparation du droit et de la politique pour expliquer la préférence pour la voie administrative en *common law*. Qu'en est-il à présent en France ? La question ne s'est guère posée dans ces termes et c'est davantage le problème du dualisme juridictionnel que certains auteurs ont été amenés à analyser.

would include consideration of what is good as a matter of social engineering. English judges purport to limit themselves to precedents and logic; they purport to have no concern for the policies on which law necessarily rests » (« The Future of Judge-Made Public Law in England: A Problem of Practical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 61, 1961, p. 210). Cette posture traditionnelle est exprimée déjà par Francis Bacon : « Judges ought to remember, that their office is *jus dicere*, and not *jus dare*; to interpret law, and not to make law, or give law » (« Of Judicature », in *XII The Works Of Francis Bacon* 265 Spedding, Ellis & Heath ed.).

¹²⁹⁷ B. Abel-Smith, *In search of justice: law, society and the legal system*, London, Allen Lane, 1968, p. 228 à 231 ; G. Marshall, *Justiciability*, in *Oxford Essays in Jurisprudence: a collaborative work*, edited by A.G. Guest, London, Oxford U.P., 1961, p. 265 suiv. ; R. S. Summers, « Justiciability » (1963) 26 *Modern Law Review* 530 ; Report of the Committee on Ministers' Powers, Cmd 4060, 1932, p. 71 suiv. ; R.B. Stevens, B.S. Yamey, *The Restrictive Practices Court: a study of the judicial processes and economic policy*, London, Weidenfield & Nicolson, 1965, Chap. 3, p. 23.

¹²⁹⁸ P. Craig, « The Courts, the HRA & Judicial Review », 2000, n°117, *Law Quarterly Review*, pp. 589-590.

¹²⁹⁹ Restrictive Practices Act, 1956. Pour une présentation v. D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, préc., pp. 216 suiv..

¹³⁰⁰ P. Thorneycroft, 549 H.C. Deb. (5th Ser.), col. 1932 (6 mars 1956) cité par R.B. Stevens, B.S. Yamey, op. cit., p. 16.

¹³⁰¹ Les autres avantages mis au compte de la future juridiction en plus de l'impartialité étaient la mise en place d'une jurisprudence permettant l'élaboration de standards et de décisions cohérentes et permettant une application uniforme de la loi (R.B. Stevens, B.S. Yamey, op. cit., p. 18).

¹³⁰² R. B. Stevens et B. S. Yamey, , *The Restrictive Practices Court*, préc., p. 49. Leur tâche « appears to be different both in kind and in spirit from the traditional task of judges as evaluators of evidence ».

¹³⁰³ R. B. Stevens et B. S. Yamey, op. cit., Chap. 3, *Justiciability and Section Twenty-One*.

374. Une idée très intéressante est ainsi avancée par Laurent Richer pour lequel l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation permettrait d'éviter un problème de dualisme juridictionnel, car le contentieux de ces contrats pourrait être attribué aux deux ordres juridictionnels : « le plus souvent », explique Laurent Richer, « la CRE a été saisie avant la signature du contrat d'un litige relatif aux règles applicables au contrat à signer. Sur de tels litiges, relatifs à l'accès de l'utilisateur au service public industriel et commercial, le juge judiciaire est aussi compétent (CE, 21 avril 1961, Agnesi, Rec. p. 253), mais, il n'en demeure pas moins que les normes de référence relèvent en grande partie du droit public. En effet, jusqu'ici la CRE s'est référée surtout à des cahiers des charges de concession et au principe d'égalité pour régler les litiges qui lui ont été soumis. Dans les cas où se pose un problème d'interprétation d'une concession ou d'appréciation de légalité d'un décret (12 décembre 2002, PEMAR), le juge judiciaire aurait dû renvoyer au juge administratif. Un des avantages de la compétence de la CRE est d'éviter un tel éclatement du litige entre les deux ordres de juridiction ; mais cet avantage disparaît en cas de recours devant la cour d'appel de Paris »¹³⁰⁴.

Il n'est pas possible de conclure de cet exposé que les problèmes que pose le dualisme juridictionnel sont à l'origine de la fonction de règlement des différends. En revanche, cette fonction permet de l'éviter.

L'essor de la fonction administrative contentieuse s'explique donc aussi par les rigidités propres à chaque système juridique : règle du *precedent*, séparation du droit et de la politique, dualisme juridictionnel. Le statut de ces « causes » est différent de celui des facteurs analysés plus haut. Ces éléments font toutefois partie du paysage juridique que chaque décideur, dans chaque pays, a dû prendre en compte dans son choix.

Conclusion du § 1

Les facteurs d'explication d'ordre substantiel sont donc nombreux. Les droits des obligations, des biens, mais aussi le droit pénal, de même que le droit de la concurrence, et certains des caractères les plus saillants des systèmes juridictionnels anglais et français sont mis à l'épreuve face aux réalités économiques que présentent les secteurs en réseau.

Ces facteurs seuls ne permettent pas de comprendre cette attribution. Il faut aussi recourir à des facteurs institutionnels. Il peut sembler arbitraire de séparer le droit substantiel de l'institution chargée de l'exercer, tant les deux sont parfois imbriqués, mais les facteurs sont à chaque fois différents. Dans les facteurs institutionnels étudiés ensuite, ce sont des raisons pratiques, pragmatiques qui permettent d'expliquer les agencements mis en place par le législateur.

¹³⁰⁴ V. L. Richer, « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc., p. 404.

§ 2 — Les institutions traditionnelles face aux secteurs régulés

Les droits sectoriels mettent en effet les institutions traditionnelles, qu'elles soient d'ailleurs juridictionnelles ou administratives, à l'épreuve. Après l'analyse des « insuffisances » des juges (I), nous étudierons ensuite celles de la forme du *tribunal* au Royaume-Uni (II) pour, enfin, mettre en évidence celles des institutions chargées des modes alternatifs de règlement des litiges (III).

I — *Les insuffisances des juges*

Le problème le plus évident du juge par rapport à l'Administration dans le cadre des secteurs régulés est celui de son indépendance. Pour le droit européen, le besoin de coordination, afin d'établir un marché unique, requiert un dialogue permanent entre la Commission et les autorités sectorielles (A) ; ce dialogue est impossible avec un juge. Nous verrons ensuite les limites propres au juge civil (B) et au juge pénal (C) dans chaque système juridique.

A — *L'argument du droit de l'Union européenne : le besoin de coordination*

375. Les autorités de régulation permettent à la Commission de coordonner et de surveiller l'ouverture du marché, ce qui serait plus difficile dans le cas du juge. Les autorités nationales de régulation sont l'intermédiaire privilégié de la Commission, directement, mais aussi à travers les différents réseaux sectoriels mis en place tant dans le domaine de l'énergie¹³⁰⁵ que des télécommunications¹³⁰⁶. Le système de communication des décisions entre les autorités sectorielles et la Commission permet à celle-ci d'avoir une vue d'ensemble de l'évolution du marché européen¹³⁰⁷.

B — *Les insuffisances du juge civil*

376. Force est de constater que l'histoire de l'ouverture progressive des différents secteurs à la concurrence ne s'est pas faite par le recours aux juges — même si ceux-ci ont pu, aux États-Unis jouer un rôle essentiel dans les domaines de l'énergie¹³⁰⁸ et des télécommunications¹³⁰⁹ pour ouvrir ces secteurs à la concurrence et même si la Cour de justice de Luxembourg a pu avoir un rôle important avec l'arrêt *Commission c. Italie*. Les

¹³⁰⁵ V. les différents réseaux ERGEG et ACER.

¹³⁰⁶ V. Organe des régulateurs européens des communications électroniques (O.R.E.C.E.).

¹³⁰⁷ V. ce point développé par M. Andenas, S. Zleptnig, « Telecommunications Dispute Resolution: Procedure and Effectiveness », vol. 15, 2004, n° 3, pp. 477-663, spéc. p. 484.

¹³⁰⁸ V. Ch. H. Koch, JR « Collaborative Governance: Lessons for Europe from U.S. Electricity Restructuring », in *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Bruylant, Coll. Droit administratif Administrative Law (à paraître) qui cite la décision *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973). « This case is seminal because it recognized the possibility of competition in the electricity industry and hence began the restructuring movement. Significant even today is the example of abusive behavior by the large, integrated utility. The utility attempted to drive out competition from small municipal utilities that were able to sell electricity well below the dominant utility. Such conduct continues to be a potential danger ».

¹³⁰⁹ V. le consentement du juge Greene dans la décision *United States v AT&T* qui scelle le démembrement de l'opérateur AT&T.

histoires américaine et, dans une moindre mesure, néo-zélandaise, ont certainement servi de repoussoir. Aux États-Unis, l'opérateur historique AT & T s'est ainsi servi de la lenteur du système judiciaire pour retarder l'arrivée de la concurrence dans les années 1970, à tel point que certains économistes rangent les pratiques dilatoires devant le juge au sein des pratiques anticoncurrentielles¹³¹⁰. La mise en place de la nouvelle réglementation des secteurs en réseau dans les années 1980 au Royaume-Uni eut pour obsession d'éviter autant que possible l'intervention des juges dans le processus. Pour les réformateurs anglais des années 1980, l'exemple américain leur enseigna que l'intervention des juges augmenterait le coût de la réforme et retarderait l'entrée de nouveaux compétiteurs. L'expérience américaine leur enseigna en outre que les juges ont du mal à jouer leur rôle dans des affaires qui demandent de maîtriser des connaissances techniques et financières. Le maître mot de ces réformateurs fut d'éviter tout légalisme¹³¹¹.

La doctrine a mis en évidence cinq arguments pour justifier l'éviction du juge : la préférence pour une logique de conciliation (1), le besoin d'un résultat rapide (2), la technicité des litiges en question (3), le coût (4) et enfin le caractère plus formaliste de la procédure devant le juge (5).

1 — *La préférence pour une logique de conciliation*

377. Le choix d'attribuer un pouvoir de règlement des litiges à une autorité administrative plutôt qu'à un juge peut aussi relever, comme dans le cas du Médiateur du cinéma, d'une volonté de ne pas rentrer dans une logique d'affrontement, de conflit, logique qui est souvent associée au recours au juge. La particularité des litiges traités dans le cadre du règlement des différends est qu'ils sont le préalable à une relation commerciale future. La logique du conflit frontal et brutal n'est donc pas de mise. Aussi, la mission du Médiateur est-elle, autant que possible, « de trouver les bases d'un accord entre les parties [...] sa saisine présente un caractère bien moins conflictuel et formel que celle du juge des référés »¹³¹². Ce constat est généralisable à l'ensemble des secteurs concernés.

Le besoin de préférer une logique de conciliation à une logique d'affrontement peut donner un avantage à un organe administratif, même si les différends traités devant certaines autorités mettent réellement en évidence l'existence d'un litige. D'autres arguments sont aussi invoqués, comme celui de la rapidité.

2 — *La rapidité*

378. La rapidité est aussi un argument de poids dans l'ensemble des secteurs étudiés. À cet égard, en France, le juge de l'urgence a pu fournir des solutions satisfaisantes à certains requérants, mais de manière ponctuelle¹³¹³. C'est particulièrement le cas dans le secteur du

¹³¹⁰ V. l'article de R. G. Noll, « The role of antitrust in telecommunications », 40 Antitrust Bull. 501 (1995), spéc. p. 508.

¹³¹¹ V. C. D. Foster, « The future of regulation », Autumn 1993, Utilities Law Review, pp. 110-111.

¹³¹² V. S. Dupuy-Busson, « Le médiateur du cinéma : une autorité administrative indépendante méconnue », Légipresse n°183, juillet-août 2001, pp. 93-97, ici p. 95.

¹³¹³ V. Tribunal de commerce de Paris, ord., 20 sept. 2007, Société Eden Plus c. Société La Fabrique de films, n° RG 2007/060451. Le Max Linder cherchait à obtenir une copie du film « Control ». Le juge décide que le refus de fournir une copie de ce film est de nature à restreindre le jeu de la concurrence, ce qui constitue un trouble

cinéma où la possibilité de disposer de la copie d'un film avant sa diffusion dans les salles peut être une question vitale pour certaines salles de cinéma¹³¹⁴. De même, dans le secteur des télécommunications, Frédérique Dupuy-Toubol donne un exemple très éclairant : « dans la bataille que se livrent actuellement les opérateurs de télécommunications pour conquérir le marché de l'accès à Internet et, en particulier, le marché d'accès Internet à haut débit via les solutions ADSL, on observe que France Télécom gagne chaque semaine près de quinze mille nouveaux clients. Ainsi, il est clair que dans le règlement des litiges que suscitent les pratiques de France Télécom dans ce domaine, seules les décisions qui seront rapidement rendues auront un effet utile »¹³¹⁵. Or, comme le remarque Emmanuel Jeuland « le temps de réponse de la justice paraît souvent trop long, les sanctions arrivent beaucoup trop tard, les pratiques illicites s'étant terminées depuis longtemps »¹³¹⁶. Cette rapidité est aussi mise en avant dans le domaine du cinéma par les derniers rapports¹³¹⁷. Les mêmes observations sont faites en Angleterre. Les acteurs mettent en avant que tout délai est particulièrement préjudiciable dans ces secteurs, et spécialement dans le domaine des télécommunications, où les bouleversements technologiques sont aussi rapides¹³¹⁸. C'est en outre un point que la Commission met en avant : l'entrée effective sur le marché rend nécessaire la mise en place de procédure rapide¹³¹⁹.

L'argument de la rapidité est donc important. Il est rejoint par celui de la technicité, qui plaide encore pour la mise en place d'un mécanisme contentieux de type administratif.

manifestement illicite. Cette décision intervient d'ailleurs après que le Médiateur a fait la même injonction, qui n'a manifestement pas été suffisante pour décider la société Fabrique de films à fournir la copie demandée (Le Médiateur du cinéma, 6 septembre 2007, Société Les Acacias c. Fabrique de films, aff. n°1229) ; V. Tribunal de commerce de Lyon, ord., n° 6672, 26 mai 1988, Société Learel, SARL c. Société Warner (le juge a été saisi le 25 mai et il rendu son ordonnance le 26 mai).

¹³¹⁴ On peut voir un exemple, dans certaines décisions du Médiateur du cinéma, des pratiques dilatoires extrêmement préjudiciables que certains distributeurs peuvent mettre en œuvre. Ainsi, concernant la diffusion du film « De battre mon cœur s'est arrêté », alors que la propriétaire de la salle Saint Lazare Pasquier avait prévenu suffisamment à l'avance le distributeur de sa volonté d'obtenir une copie du film, celui-ci ne l'a prévenue de sa décision de refus que deux jours avant (Médiateur du cinéma, 22 mars 2005, Société Films sans frontières c. UGC Distribution, aff. n° 1020).

¹³¹⁵ V. F. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », in *Droit et économie de la régulation*, vol. 1, Presses de Sc. Po., 2004, pp. 132-144, spéc. §44.

¹³¹⁶ V. E. Jeuland, « L'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique », *RJ com.*, n° spéc., Le juge de l'économie, nov. 2002, pp. 156-167, spéc. p. 161.

¹³¹⁷ V. Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication par Anne Perrot et Jean-Pierre Leclerc, mars 2008, p. 27. V. l'avis concordant de J.-M. Pontier sur ce rapport, « Les personnes publiques, le cinéma et la concurrence », *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 29, 14 Juillet 2008, act. 633.

¹³¹⁸ V. M. Andenas, S. Zleptnig, « Telecommunications Dispute Resolution: Procedure and Effectiveness », vol. 15, 2004, n° 3, pp. 477-663, spéc. p. 481.

¹³¹⁹ V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social et au Comité des Régions, Septième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications, Bruxelles, le 26.11.2001, COM(2001) 706 final, p. 16.

379. La technicité du différend est aussi avancée pour expliquer l'attribution de cette fonction à une autorité administrative spécialisée¹³²⁰. Cet argument peut toutefois être relativisé, en tout cas pour la France, où ce sont des juges qui font partie des commissions de règlement des différends. Ceci est très clair dans le cadre de l'organe de règlement des différends de la Commission de régulation de l'énergie, le Comité de règlement des différends et des sanctions composé uniquement de juges¹³²¹. L'origine des membres des autorités anglaises est moins claire et, en tout cas, ceux-ci ne sont pas, en règle générale, magistrats. Néanmoins, le juge en France tout comme au Royaume-Uni n'est pas absent de ce domaine puisqu'il est appelé à apprécier la légalité des décisions de règlement des différends à travers, au Royaume-Uni, la procédure de *judicial review* et, en France, les recours aménagés devant la Cour d'appel de Paris ou le Conseil d'État¹³²². Le problème de la technicité du litige a été au cœur d'une controverse au Royaume-Uni à propos de l'affaire T-Mobile¹³²³. Il s'agit d'une requête en *judicial review* contre une décision du Directeur général des télécommunications modifiant le tarif des terminaisons d'appel à la suite d'un rapport de la Commission de la concurrence. Ce rapport avait été sévèrement critiqué par de nombreux consultants lors de l'instance et fut écarté par le juge, car il touchait au fond de la décision. Le juge Moses dit ainsi à plusieurs reprises, écartant les griefs contre les raisonnements de la Commission de la concurrence, « qu'il n'appartient pas à cette cour d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle [...], la Commission était en droit arriver »¹³²⁴. Cet exemple montre en réalité les limites du recours en *judicial review*. Le juge Moses dit en réalité que son contrôle est limité,

¹³²⁰ V. M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends – Entre office de régulation et office juridictionnel civil » et E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », les deux articles se trouvent dans *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005 ; F. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », in *Droit et économie de la régulation*, vol. 1, Presses de Sc. Po., 2004, pp. 132-144, spéc. §41 suiv..

¹³²¹ Créé par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (JORF n°284 du 8 décembre 2006, p. 18531, texte n° 1, spéc. art. 5), le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) est composé de deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État (MM. Pierre-François Racine et Roland Peylet) et de deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation

¹³²² Les recours devant la Cour d'appel de Paris concernent les décisions de règlement des différends du comité *ad hoc* de la Commission de régulation de l'énergie (article 38-II de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (article L5-6 en matière postale et article L36-8 en matière de communications électroniques du C.P.C.E.), de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (article 16-III de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, v. la présentation de L. Grard, *Revue de droit des transports* n° 4, Avril 2010, comm. 80) et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (article L331-32 du code de la propriété intellectuelle) ; les décisions de règlement des différends portées devant le Conseil d'État sont celles du Conseil supérieur de l'audiovisuel (article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986). Sont aussi du ressort du Conseil d'État les injonctions du Médiateur de la République puisqu'est un principe de valeur constitutionnelle le principe selon lequel l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence du juge administratif (v. Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, n° 224 DC, G.D.C.C. n° 38).

¹³²³ V. *The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications* [2003] EWHC 1566 Admin.

¹³²⁴ V. *The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications*, préc., §146.

car la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire en vertu de la loi pour prendre cette décision. Son contrôle est limité au test de l'irrationalité selon le principe dégagé par l'arrêt *Wednesbury*. Mais il montre de manière générale la difficulté de la justice dans ce type de litiges où les parties font assaut d'analyses contradictoires, fondées sur des rapports de consultants et, qui plus est, pour contrôler une décision elle-même très complexe, puisque fondée sur un rapport de plus de mille cinq cents pages. C'est pourquoi des observateurs ont conclu à l'inadaptation du recours en *judicial review* dans ce type d'affaires¹³²⁵.

Le contentieux juridictionnel est donc peu adapté à traiter des questions techniques, c'est aussi un contentieux plus coûteux, surtout au Royaume-Uni.

4 — Le coût

380. Cet argument est, pour le Royaume-Uni, particulièrement sérieux. Le recours fréquent à une justice « hors du juge », pour reprendre le mot de Pierre Delvolvé, s'explique par le coût du contentieux juridictionnel, si bien que les études montrent l'extrême réticence des acteurs économiques à recourir au juge¹³²⁶. Le coût de la justice est tel au Royaume-Uni qu'il y a même un contentieux à ce sujet pour savoir quelle partie devra supporter les coûts du procès¹³²⁷. Il est toutefois possible de faire une analogie avec le phénomène de « déjuridictionnalisation » du contentieux en faveur des *tribunals*, phénomène ancien et bien documenté. La doctrine a souligné ainsi les nombreux avantages de cette structure administrative sur les mécanismes juridictionnels, avantages qui peuvent être transposés pour comprendre le choix d'un mode administratif de règlement des différends. La Commission présidée par Franks sur les *tribunals* a ainsi énuméré les avantages de cette structure : « son caractère peu onéreux, sa moins grande technicité, son accessibilité, sa rapidité, son expertise dans son domaine »¹³²⁸. Cependant, l'argument du coût ne doit pas être exagéré dans notre cas, car les acteurs susceptibles de saisir les autorités en question ne sont pas démunis financièrement. Nonobstant ce constat, le règlement des différends met en présence des parties aux pouvoirs et aux capacités financières très différents. Il est donc opportun de mettre en place un mécanisme qui n'augmente pas encore cette différence, ou en tout cas qui n'augmente pas démesurément le coût de développement du marché.

Certains caractères de la procédure juridictionnelle sont aussi mis en avant pour justifier la préférence pour la voie administrative : son formalisme et son caractère accusatoire.

¹³²⁵ V. M. Walker, « Mobile phone charges inquiry and judicial review. A worrying failure of analysis », NYP, donné lors d'un atelier à The British Institute of International and Comparative Law, Practitioner Workshop, 16 septembre 2003 cité par C. Graham, « Judicial Review of the Decisions of the Competition Authorities and the Economic Regulators in the UK », p. 256 in *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, ed. by Od. Essens, A. Gerbrandy, S. Lavrijssen, Groningen, Europa Law Publishing, 2009.

¹³²⁶ V. L. Mulcahy, *Contract law in perspective*, London, New York, Routledge-Cavendish, 5th ed., 2008, p. 221. V. aussi S. Macaulay, « Non-contractual relations in business – a preliminary study », (1963) 28 *American Sociological Review* 55 ; H. Beale, T. Dugdale, « Contracts between businessmen: planning and the use of contractual remedies » (1975) 2 *British Journal of Law and Society* 45 ; R. Lewis, « Contracts between businessmen: reform of the law of firm offers and an empirical study of tendering practices in the building industry », 1982, 9, *Journal of Law and Society*, p. 153.

¹³²⁷ V. par ex. Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system, London, Sweet & Maxwell, 4th ed, 2002, pp. 636 suiv.

¹³²⁸ V. Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, préc., p. 9.

381. Le moindre formalisme est un autre atout de l'autorité administrative sur le juge. La procédure suivie devant les autorités de régulation est beaucoup moins élaborée que devant les juridictions même si, en France, l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est venue altérer cette conclusion — au regret de certains auteurs¹³²⁹. De surcroît, la Cour de cassation juge que le code de procédure civile est applicable à la procédure devant l'Autorité de la concurrence « sauf disposition expresse contraire du code de commerce »¹³³⁰, ce qui accomplit de rapprocher la procédure contentieuse suivie par cette autorité de celle qui régit la procédure juridictionnelle. Malgré ces évolutions, ce moindre formalisme est noté par de nombreux auteurs.

382. Un autre problème commun à la France et au Royaume-Uni tient à la nature en général accusatoire de la procédure devant le juge civil, alors que tout indique que la procédure devant les autorités de régulation, sans être exclusivement accusatoire ou inquisitoire, emprunte très largement aux deux méthodes, et ce, dans le but de favoriser le résultat voulu par la loi. Le règlement des différends devant les autorités de régulation doit certes résoudre un conflit, mais il doit permettre d'approfondir les objectifs fixés par le législateur. Cet aspect a été peu documenté dans les deux pays. Au Royaume-Uni, la doctrine a pu avancer bien souvent l'inadéquation de la procédure accusatoire de la justice face aux litiges administratifs, afin d'expliquer l'essor des *tribunals*¹³³¹. De même, les défauts de la procédure accusatoire en *common law* ont été précocement mis en évidence par un auteur comme Lon L. Fuller dans son article célèbre, « *The forms and limits of adjudication* »¹³³². La notion que développe Fuller à cette occasion est celle de polycentricité. La décision juridictionnelle (ce qu'il sous-entend par le terme *adjudication*) ne serait pas adaptée à la résolution des problèmes polycentriques. Fuller ne définit pas précisément cette notion, il en donne des exemples et file une métaphore : « Il est possible de visualiser cette sorte de situation en pensant à une toile d'araignée. Une pression sur l'un des fils de cette toile distribuera les tensions d'après un modèle complexe, dans l'ensemble de celle-ci. La répétition de cette opération n'aura, très certainement, pas pour effet de doubler chacune des tensions suscitées précédemment, mais, bien plutôt, de générer un modèle compliqué et différent de tensions. Ceci arriverait certainement, par exemple, si la double pression entraînait la cassure d'un ou plusieurs fils. Il s'agit ici d'une situation « polycentrique » dans le sens où cette situation met en évidence plusieurs centres — chaque croisement de fils constitue un centre différent pour la distribution des tensions »¹³³³. La situation polycentrique qualifie donc parfaitement les situations

¹³²⁹ V. les articles de T. Tuot sur ce sujet.

¹³³⁰ V. Cour de cassation, Ass. Plén., 7 janvier 2011, Société Philips France et Société Sony France, n° 09-14.316 et 09-14.667.

¹³³¹ V. par ex. Ed. Táboraky, « A Case for Administrative Tribunals », *The Modern Law Review*, vol. 7, n° 4 (nov., 1944), pp. 209-214.

¹³³² V. Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409 (avec une préface de Kenneth I. Winston).

¹³³³ V. L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », préc., p. 395. Traduction de : « We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a "polycentric" situation because it is "many centered" - each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions. »

juridiques dans lesquelles se trouvent les autorités de régulation, car leurs décisions procèdent toujours de jugements qui tentent d'harmoniser de multiples intérêts avec le besoin de mettre en œuvre les politiques qu'on leur a assignées. Or, comme Robert Baldwin l'a montré à propos de la Civil Aviation Authority, la forme de l'autorité de régulation, qui combine les fonctions réglementaire et contentieuse permet de résoudre l'insuffisance du juge face aux problèmes polycentriques¹³³⁴.

Le juge civil connaît donc de nombreuses limites qui permettent d'expliquer le choix d'une autorité administrative pour régler les différends relatifs à l'accès. Il s'agit à présent d'analyser les insuffisances du juge pénal pour saisir le développement de la répression administrative tant en France qu'au Royaume-Uni.

C — Les insuffisances du juge pénal

383. Étant donné la faiblesse numérique des études sur la répression administrative au Royaume-Uni, ce point est mal documenté dans ce système juridique. Toutefois, nous verrons que les arguments avancés par la doctrine française pour expliquer ce phénomène peuvent s'appliquer au système anglais. Malgré, les différences notables que ne manquent pas de relever les juristes entre les deux systèmes pénaux, l'un accusatoire et l'autre inquisitoire, ces différences sont finalement de peu de portée concernant les limites inhérentes aux juges, à la juridiction pénale. Des rapports anglais récents mettent l'accent sur les mêmes problèmes.

384. Le critère de fond qui constitue peut-être la justification majeure de préférer une autorité administrative au juge pénal est la faculté d'autosaisine dont bénéficie la première. L'autorité administrative n'est pas assujettie, pour se saisir, à la volonté d'une autorité extérieure. En France, la mise en mouvement du juge pénal nécessite en effet que soit le Parquet, soit le juge d'instruction, soit une victime le saisisse¹³³⁵. Or, le parquet dispose de l'opportunité des poursuites¹³³⁶ et ses décisions ne peuvent être contestées alors que la décision de l'autorité administrative de ne pas poursuivre peut être contestée devant le juge administratif qui l'annulera en cas d'erreur manifeste d'appréciation¹³³⁷. La victime peut toutefois vaincre l'inertie du Ministère public en se constituant partie civile. Au Royaume-Uni de même, et surtout, le juge est cantonné dans un rôle passif. Le système accusatoire fait de celui-ci l'arbitre passif du combat des parties. Lord Denning exprima clairement cette idée en jugeant qu'un juge du fond était intervenu trop souvent et expliqua à cette occasion : « le juge siège pour entendre et régler les points soulevés par les parties et non pour conduire une enquête ou

¹³³⁴ V. R. Baldwin, *Regulating the airlines*, préc., pp. 139 suiv..

¹³³⁵ V. B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, Coll. Précis, 22^e éd., janvier 2010, pp. 131 suiv..

¹³³⁶ V. les nouveaux articles 40-1 et 40-2 du code de procédure pénale sur l'opportunité des poursuites. V. aussi, B. Bouloc, *Procédure pénale*, n°592, p. 563.

¹³³⁷ V. le considérant du Conseil d'État dans cette affaire : « Considérant qu'il appartient à une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative (...) ; qu'elle dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge ; que la décision qu'elle prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; que les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester cette décision ; qu'il appartient au juge de censurer celle-ci en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir » (Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, Tinez, n° 293952).

un interrogatoire au nom de la société dans son ensemble »¹³³⁸. La poursuite des infractions dépend aussi d'une autorité extérieure au juge au Royaume-Uni : le Crown Prosecution Service¹³³⁹.

385. Confier la répression à une autorité administrative indépendante signifie donc qu'on ne soumet son exercice en principe à aucune volonté extérieure, l'exercice de la répression n'étant pas entre les mains des victimes ou d'une autorité dépendante de l'exécutif. Comme le souligne Michel Troper : « Parmi les critères employés par les juristes pour définir une juridiction et souligner qu'elle est un tiers impartial, l'un de ceux qui sont évoqués le plus fréquemment est justement qu'elle ne peut s'autosaisir. »¹³⁴⁰. Les caractères de la répression s'en trouvent ainsi modifiés. On ne peut faire comme si le changement d'organe n'avait pas d'incidence sur la nature de la répression. Confier la répression à une autorité administrative signifie que l'on soumet la répression non plus à une logique juridictionnelle, par essence inerte, à un « tiers impartial », mais à une logique de police qui ne dépend donc, en principe, que des faits pour sa mise en mouvement. La police administrative se saisit dès qu'un fait vient à porter atteinte aux intérêts dont elle a la charge et c'est ce qui la différencie radicalement de la juridiction. Choisir, comme aux États-Unis par exemple, de confier l'exécution du droit de la concurrence aux juridictions par le mécanisme du droit de la responsabilité signifie que le droit de la concurrence ne va trouver à s'appliquer qu'en cas de préjudice ou en tout cas seulement si les citoyens saisissent les tribunaux du problème en question. C'est faire des citoyens des procureurs. Le choix européen de confier l'exécution du droit de la concurrence à une autorité administrative¹³⁴¹ signifie que la défense de la concurrence n'est pas du ressort des individus. Le droit de la concurrence acquiert donc un caractère plus objectif si l'on choisit la voie administrative.

386. D'autres arguments sont aussi avancés pour privilégier l'Administration au juge. Comme pour le juge civil, la doctrine relève les problèmes de « lenteur, complexité et [de] technicité croissantes des mécanismes économiques »¹³⁴². La complexité inhérente aux affaires économiques impose des délais qui ralentissent la procédure. En outre, le juge pénal serait victime en réalité de son succès, car la préférence des victimes pour « la voie pénale engorgerait les tribunaux et rendrait systématique le recours au juge d'instruction, allongeant ainsi à nouveau la durée de traitement des affaires »¹³⁴³.

¹³³⁸ V. Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55, CA. Il faut préciser que le rôle du juge comme arbitre est confiné, dans le système accusatoire, aux questions de fait et donc à l'administration des preuves. Quand il s'agit de questions de droit, le juge anglais est alors beaucoup plus actif.

¹³³⁹ V. M. Zander, *Cases and materials on the English legal system*, London, New York, Cambridge University Press, 2007, 10th ed, pp. 241 suiv..

¹³⁴⁰ V. M. Troper, « Le pouvoir des juges constitutionnels », article publié sur le site internet *La vie des idées*, pp. 3 et 4.

¹³⁴¹ V. sur cette comparaison le livre de D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus*, préc.. Le but du livre est précisément de comprendre pourquoi l'Europe a choisi un système administratif d'exécution du droit de la concurrence alors qu'aux États-Unis, celui-ci est mis en œuvre par les tribunaux et alors que les Américains ont participé à la mise en œuvre du droit de la concurrence en Europe.

¹³⁴² V. E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2009/1, n° 128, p. 62. V. aussi M. Cohen-Branche, « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? – L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Droit pénal*, n°9, sept. 2009, étude 22.

¹³⁴³ V. V. Malabat, « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », spéc. I-A, in *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, colloque préc..

La doctrine a aussi souligné l'incompétence technique et « psychologique » des juges professionnels,¹³⁴⁴ mais ici aussi cet argument porte peu puisque, comme le remarque Frédéric Stasiak, « il est remarquable de constater que, radicalement incompétent es qualités, ceux-ci deviennent, par une étrange schizophrénie, tout à fait aptes à résoudre ces mêmes problèmes lorsqu'ils siègent, voire président, dans certaines instances de régulation »¹³⁴⁵. Cet argument n'est, toutefois, selon toute vraisemblance, pas valable pour le Royaume-Uni, où il est rare de voir des juges siéger au sein des autorités sectorielles, ce qui constitue une différence notable par rapport à la France en terme de sociologie administrative.

387. Enfin, certaines recherches ont mis en évidence l'efficacité plus grande de la voie administrative. Emmanuel Breen a bien documenté ce point : « L'efficacité accrue de la répression administrative peut ainsi tenir au fait qu'elle relève de la responsabilité d'un Exécutif puissant dont elle n'est que l'une des prérogatives. Ceci peut être montré à propos des trois problèmes suivants : la charge de travail, la spécialisation et l'encombrement des rôles »¹³⁴⁶. L'avantage de la fusion des fonctions réglementaire et répressive ou de la spécialisation est l'économie en terme de perte de temps. Le théorème de la spécialisation, développé par l'analyse économique du droit, a été étudié par Guillaume Royer dans sa thèse¹³⁴⁷. L'analyse économique du droit montre que la spécialisation permet de réduire certains coûts, principalement d'acquisition de connaissances, car « la maîtrise de ces matières nécessite un investissement humain important qui justifie le recours à une justice expertale »¹³⁴⁸. Mais comme le remarque aussi Guillaume Royer, si l'analyse économique du droit recommande la spécialisation de l'organe répressif, celle-ci ne prône en revanche pas la remise du contentieux spécialisé à un organe non pénal. Un juge pénal spécialisé respecterait aussi cet impératif¹³⁴⁹. Un autre argument est avancé, celui de l'encombrement des rôles, s'il part d'un fait avéré — même s'il est toutefois surévalué¹³⁵⁰ — il doit être relativisé, car les moyens que le Gouvernement donne à l'Administration quand il lui attribue un pouvoir répressif pourraient tout aussi bien être alloué à la Justice pour accomplir la même tâche. C'est pourquoi Emmanuel Breen en conclut que la plus grande efficacité de l'Administration tient « peut-être tout autant au formalisme allégé de la répression administrative qu'à la déperdition d'énergie et aux rivalités institutionnelles dont s'accompagnent nécessairement l'indépendance des juridictions répressives et, plus généralement, la séparation des pouvoirs »¹³⁵¹.

Les mêmes arguments sont mis en avant au Royaume-Uni pour justifier le même résultat. Ainsi, le gouvernement met en avant tant le coût, que les délais ainsi que l'expertise des

¹³⁴⁴ V. F. Stasiak, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl., Nancy II, 1995, p. 76 et la bibliographie citée note n°4.

¹³⁴⁵ V. F. Stasiak, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, préc., p. 76.

¹³⁴⁶ V. E. Breen, *Gouverner et punir : le rôle de l'exécutif dans les procédures répressives*, Paris, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 2003, p. 65.

¹³⁴⁷ G. Royer, *L'efficacité du droit pénal économique*, thèse préc., p. 232, n°214.

¹³⁴⁸ V. G. Royer, *L'efficacité du droit pénal économique*, thèse préc., p. 232, n°214.

¹³⁴⁹ V. G. Royer, *L'efficacité du droit pénal économique*, thèse préc., p. 233, n°215.

¹³⁵⁰ V. E. Breen, *Gouverner et punir : le rôle de l'exécutif dans les procédures répressives*, préc., p. 68. Cet auteur cite la statistique suivante : « En 2000, le délai moyen entre l'infraction et le jugement était, pour l'ensemble des affaires traitées par les tribunaux correctionnels, de 9,8 mois (*Annuaire statistique de la justice*, La Documentation française, éd. 2002, p. 121) ».

¹³⁵¹ V. E. Breen, *Gouverner et punir : le rôle de l'exécutif dans les procédures répressives*, préc., p. 69.

tribunaux pour justifier l'attribution d'un pouvoir répressif à l'Administration plutôt qu'au juge¹³⁵².

388. Les différents rapports écrits sur le sujet mettent aussi en évidence la faiblesse des amendes prononcées par les tribunaux répressifs. À titre d'exemple le rapport présenté par Philip Hampton, met en évidence que la moyenne des amendes prononcées par les juges en matière environnementale (en cas de pollution par exemple) est de trois mille huit cent soixante et une livres ; ce chiffre est considéré comme beaucoup trop faible par les auteurs du rapport, car il ne prend pas en compte les bénéfices que les entreprises peuvent retirer du fait du manquement à la règle de droit¹³⁵³. Ces sanctions sont ainsi considérées comme insuffisamment dissuasives¹³⁵⁴.

Le rapport Hampton met aussi en évidence un autre problème spécifique au juge pénal qui est son caractère généraliste, ce qui l'empêcherait d'avoir une vision globale de la répression et ainsi d'appliquer une politique cohérente en la matière. En moyenne, un magistrat ne jugera un problème de droit de l'environnement par exemple que tous les sept ans¹³⁵⁵.

En regard, la répression administrative est plus rapide et plus simple, le niveau des sanctions est plus élevé, il est donc plus dissuasif.

Les juridictions souffrent donc de plusieurs limites par rapport à l'Administration. Il est incontestable en effet que, dans l'optique d'établir un marché commun et d'engager un dialogue permanent avec la Commission, les juridictions ne sont pas un outil approprié. À côté de cette explication, la doctrine avance de nombreux arguments pratiques : le coût, l'expertise, la rapidité seraient ainsi du côté de l'Administration et désavantageraient les juridictions.

La fonction contentieuse des autorités sectorielles ne s'explique pas seulement par rapport aux limites du juge. Elle s'explique aussi, spécifiquement au Royaume-Uni, par les limites des structures traditionnelles de l'Administration, et singulièrement de la structure du *tribunal*.

¹³⁵² V. par ex. les arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire à l'autorité en charge de la protection des données personnelles : celui-ci a ainsi déclaré que « le procès pénal entraînerait des coûts ainsi que des délais pour les contrôleurs des données ainsi que pour le Commissaire » et que les tribunaux « n'ont pas l'expertise technique nécessaire pour s'occuper des problèmes de données personnelles » (traduction de « Criminal proceedings could result in a costly and time-consuming process for data controllers and the Commissioner » et que les tribunaux « do not have the necessary technical expertise to deal with data issues » ; v. « Information Commissioner gets power to fine for privacy breaches », OUT-LAW News, 12/05/2008).

¹³⁵³ V. P. Hampton, Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement, March 2005, HM Treasury, p. 6 (n° 16), et surtout p. 38 (n° 2.74).

¹³⁵⁴ Le rapport Macrory fait le même constat : v. Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, Final Report, November 2006, p. 15 (n°1.14). Ce constat est aussi fait par le Gouvernement en matière de Health and Safety : v. Revitalising Health and Safety, Department for Environment Transport and Regions, June 2000, p. 24 ; v. aussi Environmental Crime and The Court, House of Commons Environmental Audit Committee Sixth Report, 2004, §15, cité dans le Rapport Macrory, préc., p. 22 (note 30).

¹³⁵⁵ P. Hampton, Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement, March 2005, HM Treasury, p. 39 (n°2.79).

II — L'inadaptation de la forme institutionnelle du tribunal

On procédera d'abord à une définition du *tribunal* (1) pour expliquer ensuite dans quelles mesures l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation peut s'expliquer par les limites inhérentes à cette forme institutionnelle traditionnelle (2).

1 — Définition du tribunal

389. L'institution du *tribunal* est difficile à saisir. Le *tribunal* est souvent défini en doctrine comme une instance créée pour régler les litiges soulevés par les décisions administratives. Mais cette présentation n'est pas complètement exacte, car ils sont parfois chargés de prendre de simples décisions administratives, sans statuer forcément sur des litiges. Les premiers *tribunals* datent du début du XIX^e siècle, mais ils ne se sont réellement développés qu'avec l'essor de l'État-providence¹³⁵⁶. Le rapport Donoughmore cite ainsi en exemple l'allocation-chômage et l'attribution d'une pension de guerre¹³⁵⁷. Ils se sont développés avec l'augmentation des fonctions de l'État et donc des hypothèses de décisions individuelles et des possibilités de litiges concernant ces décisions administratives. Leur développement fut assez anarchique si bien qu'il est difficile d'en cerner la physionomie. Les *tribunals*¹³⁵⁸ sont aussi moins chers pour le contribuable et les parties, plus rapides et experts et leur

¹³⁵⁶ R. E. Wraith and P. G. Hutchesson, *Administrative tribunals*, London : Allen & Unwin for the Royal Institute of Public Administration, 1973, p. 17. Le premier *tribunal* serait les General and Special Commissioners of Income Tax qui étaient des membres des élites locales chargées de percevoir l'impôt sur le revenu (introduit par Pitt en 1799 pour financer les guerres napoléoniennes). Mais ce n'est qu'avec l'essor de la Révolution industrielle que ce système va se développer. Le Board of Railway Commissioners est l'ancêtre du futur Transport Tribunal. Le modèle du Board était au XIX^e siècle le modèle d'organisation de l'Administration. Ils avaient pour fonction de mettre en œuvre la politique du gouvernement, mais ils pouvaient régler aussi certains différends issus de leur action. P. Craig explique la disparition des « boards » d'un part pour des raisons pratiques (ce modèle s'est avéré assez inefficace), mais surtout en raison du changement constitutionnel majeur qu'a connu le Royaume-Uni au XIX^e siècle. Ainsi que l'explique H. Parris le système n'a fonctionné qu'aussi longtemps que les « boards » étaient responsables envers le Roi (H. Parris, *Constitutional Bureaucracy: The Development of British Central Administration since the 18th Century*, London, 1969, 83 cité par P. Craig). Mais comme l'exécutif devint peu à peu responsable devant le Parlement ce système fut mis à l'épreuve car aucun des membres des « boards » ne pouvait siéger au Parlement pour répondre à ses questions (P. Craig, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, Chap. 2, p. 52). La date de 1911 avancée par Wraith et Hutchesson correspond à la création du système moderne de *tribunals* avec la National Insurance Act de 1911. Cette loi, préparée par W. Churchill and L. George, sur le modèle de l'assurance sociale allemande, crée le « Court of referees » chargé de traiter les litiges issu de l'action des fonctionnaires chargé de gérer le système. La loi prévoyait un recours contre ces décisions devant un « umpire » (ce terme signifie littéralement arbitre). La composition de ce *tribunal* est intéressante car il comprenait des membres du public affecté par ses décisions (employeur et employé). Le modèle des *tribunals* fut ensuite étendu à d'autres domaines (le Pensions Tribunal pour les différends portant sur les pensions de guerre en 1919, l'Industrial Tribunal la même année pour traiter des différends entre employeurs et employés, ...).

¹³⁵⁷ Report of the Committee on Ministers' powers, Chair: L. F. Scott, 1931-32, Cmd. 4060, p. 87.

¹³⁵⁸ Il faut distinguer d'emblée les *tribunals* de l'institution du *tribunal of enquiry*. Cette dernière institution fut créée par le Tribunals of Enquiry Act de 1921. À cette époque, une accusation grave avait été portée contre un ministre, accusation qui rendit nécessaire une enquête parlementaire. Les Commissions d'enquête parlementaires étaient choses courantes en Angleterre, ayant été instituées en 1660. Ces Commissions furent néanmoins jugées insuffisantes à l'époque en raison notamment de l'impossibilité d'interroger des témoins sous serment, d'exiger la présentation de preuves ou de témoins. Cette institution ressemble donc fortement à une juridiction (Voir G. W. Keeton, *Trial by tribunal; a study of the development and functioning of the tribunal of inquiry*, London, Museum Press, 1960).

spécialisation permet d'obtenir une certaine uniformité dans l'application de la loi¹³⁵⁹. Le développement de ce système au Royaume-Uni doit donc être interprété aussi comme un moyen d'éviter les juridictions¹³⁶⁰. Une autre raison pouvant expliquer l'attribution de ces compétences à un *tribunal* pourrait tenir au fait qu'ils sont bien souvent chargés de mettre en œuvre la politique voulue par le Parlement. Or, à la différence des juridictions, le Parlement peut ainsi leur demander des comptes.

390. Il est nécessaire de tenter de définir ce terme, très ambigu, et dont l'ambiguïté justement révèle la manière dont le système anglais pense — ou ne pense pas justement — l'Administration et le droit administratif. Ce terme manifeste la force d'attraction du système juridictionnel dans la pensée anglaise. La décision qui affecte les droits d'un citoyen doit être celle d'une juridiction.

391. L'extraordinaire diversité de ces instances rend difficile la systématisation. Ainsi, J. Landis aux États-Unis utilise ce terme pour désigner les premières autorités de régulation américaines¹³⁶¹. De surcroît, la réforme récente engagée par le Tribunals, Courts, Enforcement Act de 2007¹³⁶² ajoute à la confusion, car on ne sait plus si les *tribunals* couverts par cette loi sont toujours des autorités administratives ou de véritables juridictions. Cette nouvelle loi crée en effet une structure de décision à deux niveaux. La loi spécifie que la structure d'appel (sur des points de droit) est une juridiction (« *a superior court of record* »)¹³⁶³. La loi ne qualifie pas en revanche la première instance qui est néanmoins composée de juges¹³⁶⁴. De surcroît, la définition que cette loi donne du système de justice administrative ne permet pas non plus de clarifier le problème¹³⁶⁵.

392. Le *tribunal*, dans son sens le plus large est l'instance en charge de la décision administrative. Il s'agissait dans tous les cas d'une autorité administrative dotée d'un pouvoir de décision individuel (ce que l'on désigne en anglais sous le terme *adjudication*). Cette structure s'explique ainsi, au XIX^e siècle, par l'évolution du principe de « responsabilité

¹³⁵⁹ Rapport Donoughmore préc. et Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, O. S. Franks of Headington, 1956-57, Cmnd. 218, p. 9.

¹³⁶⁰ B. Abel-Smith, R. Stevens, *Lawyers and the courts; a sociological study of the English legal system, 1750-1965*, London, Heinemann, 1967, p. 116 et 117. La volonté d'éviter les juridictions ne s'explique pas seulement par des raisons pratiques, mais aussi sociologiques. P. Craig avance ainsi que les juges, au moment du développement de l'État providence, n'aurait peut-être pas été favorable aux intérêts des requérants (P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 258). T. Prosser va même plus loin et prétend que la création de ces organismes a pu servir à donner une apparence de légalité à une politique de réduction des prestations. Ainsi le système de recours introduit par le Unemployment Assistance Act de 1934 fut créé en réalité pour cacher une politique de réduction des prestations en créant des canaux permettant de contrôler plus étroitement leur attribution (T. Prosser, « Poverty, Ideology and Legality : Supplementary Benefit Appeal Tribunals and their Predecessors », (1977) 4 *British Jnl of Law and Society* 44 cité par P. Craig, op. cit., p. 258).

¹³⁶¹ V. *The Administrative Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1938

¹³⁶² V. sur la réforme les comm. suiv. : G. Drewry, « The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: from Hewart to Leggatt », *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, n° 28E, SI/2009, pp. 45-64 ; Lord Justice Carnwath, « Administrative justice - a quiet revolution », *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 30, Issue 4, Dec. 2008, pp. 283 – 286. V. aussi P. Cane, *Administrative tribunals and adjudication*, Oxford, Portland, Ore., Hart Pub., 2009.

¹³⁶³ V. article 3(5), *Tribunals, Courts, Enforcement Act* de 2007.

¹³⁶⁴ V. article 3(3), *Tribunals, Courts, Enforcement Act* de 2007.

¹³⁶⁵ V. Annexe 7, Partie 2, article 13(4), *Tribunals, Courts, Enforcement Act* de 2007 : “the administrative justice system” means the overall system by which decisions of an administrative or executive nature are made in relation to particular persons, including— (a) the procedures for making such decisions, (b) the law under which such decisions are made, and (c) the systems for resolving disputes and airing grievances in relation to such decisions.

ministérielle »¹³⁶⁶ qui a entraîné une séparation progressive au sein du gouvernement entre les fonctions proprement politiques, des fonctions opérationnelles de décision¹³⁶⁷. Il s'agit donc au départ d'une structure de décision, c'est pourquoi nous ne sommes pas complètement d'accord avec la définition qui fait du *tribunal* uniquement une structure de résolution des litiges entre l'Administration et les particuliers. On retrouve une telle définition chez des auteurs aussi éminents que Paul Craig¹³⁶⁸, Peter Cane¹³⁶⁹ ou Patrick Birkinshaw¹³⁷⁰. Or, le nouveau Administrative Justice & Tribunals Council qui remplace le Council on Tribunals et dont le rôle est de surveiller le système des *tribunals* comprend aussi des instances prenant les premières décisions administratives¹³⁷¹. L'autre critère du *tribunal* est celui de leur nature administrative (ou publique) qui permet d'exclure le caractère juridictionnel de ces instances¹³⁷². Ce critère supplémentaire est le critère qui permet de déclencher un recours en *judicial review*¹³⁷³. La définition la plus large est donc celle d'une instance administrative dotée d'un pouvoir de décision individuel affectant les droits des individus (selon la formule de Atkin LJ¹³⁷⁴) et chargée d'une fonction publique.

393. Ensuite, il est possible parmi cet ensemble de faire des catégories en fonction d'autres critères, notamment celui de l'existence d'un litige, mais ce critère ne peut en aucun cas être un critère général de définition du *tribunal*, car il ne permettrait pas de recouvrir l'ensemble des hypothèses. Un autre critère pourrait être celui de la discipline des ordres professionnels puisque certains *tribunals* appelés *domestic tribunal*, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours en *judicial review*, sont chargés d'assurer la discipline de certaines professions¹³⁷⁵.

¹³⁶⁶ Il s'agit d'une convention de la Constitution anglaise.

¹³⁶⁷ V. P. Cane, *Administrative Tribunals and Adjudication*, préc., p. 31.

¹³⁶⁸ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 185 : « tribunals can roughly be defined as independent and impartial adjudicatory bodies set up by statute (or very occasionally under the prerogative, for example, the Criminal Injuries Compensation Board) to deal with disputes either arising under that statute, or other statutes, in the same broad subject area ».

¹³⁶⁹ V. P. Cane, « Understanding Administrative Adjudication », in *Administrative law in a changing state : essays in honour of Mark Aronson*, préc., p. 274.

¹³⁷⁰ V. P. Birkinshaw, *Grievances, remedies and the state*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed, 1994, pp. 44 suiv..

¹³⁷¹ Par ex. le Pension, Disability and Carers Service qui fournit une aide financière pour les consommateurs atteints de certaines infirmités, il va donc statuer sur des cas individuels ; la UK Border Agency qui statue sur les demandes d'asile et de citoyenneté ou la Criminal Injuries Compensation Authority qui est un fond d'indemnisation des victimes non fautives d'accident survenu lors d'un crime.

¹³⁷² P. Cane dans son dernier livre pose ce critère en premier mais il parle d'une instance australienne pour laquelle il est aisé d'affirmer ce principe puisque la définition de la juridiction est fixée par la Constitution et emporte des conséquences constitutionnelles (v. P. Cane, *Administrative Tribunals And Adjudication*, préc., p. 3). Les juristes sont très évasifs sur ce point et on trouve souvent des confusions. Ainsi, par exemple, la Commission Franks s'est posée la question de savoir à quelle branche du gouvernement appartenait le système des *tribunals*. Alors que la plupart des experts auditionnés considérait que ces organismes faisaient partie de l'appareil gouvernemental le rapport de la Commission affirme que ces instances font plutôt partie du mécanisme de décision (« *a machinery for adjudication* »), ce qui laisse penser une assimilation avec la fonction juridictionnelle car ce terme est très connoté dans ce sens en *common law*.

¹³⁷³ V. par ex. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 534 (« Boundaries of Judicial Review »).

¹³⁷⁴ V. « Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs. » v. Lord Justice Atkin, *The King v Electricity Commissioners* [1924] 1 K.B. 171, spéc. p. 205.

¹³⁷⁵ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 537.

394. Il est peut-être possible de comprendre cette confusion comme un effort, sensible d'ailleurs dans l'ensemble du monde de *common law*¹³⁷⁶, pour clarifier cette notion et la réserver à la notion de litige. La réforme peut d'ailleurs se comprendre ainsi, le traitement des litiges étant désormais réservé à des instances davantage juridictionnalisées¹³⁷⁷. Il y a donc une tendance aujourd'hui au Royaume-Uni, en doctrine, pour désigner de ce terme les instances de traitement des litiges entre l'État et les individus ; néanmoins, l'utilisation normative de ce terme est beaucoup plus large.

Il faut à présent comprendre en quoi cette forme institutionnelle est inadaptée au contentieux en question.

2 — *Inadaptation du tribunal*

395. L'élaboration de cette nouvelle institution que constituent les autorités de régulation s'explique par les limites du *tribunal*. Il s'agit de comprendre pourquoi la fonction répressive et de règlement des différends en question fut attribuée à une nouvelle forme institutionnelle plutôt qu'au *tribunal*. L'explication réside dans le remplacement, dans certains secteurs, du *tribunal* par le modèle de l'autorité de régulation.

396. Cette idée a été documentée par Robert Baldwin pour le secteur aéronautique¹³⁷⁸. Le Air Transport Licensing Board (A.T.L.B.) était chargé de la supervision du secteur, mais son échec manifeste les limites de la forme institutionnelle du *tribunal* et le besoin de le remplacer par une nouvelle formule institutionnelle. Robert Baldwin estime que cette instance manquait des informations ainsi que des ressources et de l'expertise nécessaire pour contrôler efficacement le développement du secteur. Ce constat est particulièrement sensible dans le domaine financier, car ce bureau avait pour mandat d'assurer la viabilité financière des sociétés et d'imposer une direction économique du secteur dans ses décisions d'autorisation. Elle avait le pouvoir de demander la fourniture des comptes des sociétés autorisés, mais l'absence de comptabilité harmonisée au niveau des petites entreprises rendait ces chiffres inexploitable. Le défaut d'information financière suffisante explique les multiples défauts d'entreprises au début des années 1960. Le bureau n'arrivait pas à prendre ses décisions d'autorisation en prenant en compte les résultats financiers précis de chaque entreprise, ce qui explique ces nombreuses faillites. Il n'arriva pas à avoir une vue précise de la santé financière des entreprises du secteur et du développement de celui-ci, si bien que le bureau fut toujours en retard sur l'évolution du secteur. À ces échecs, il faut ajouter son incapacité à trouver sa place vis-à-vis des fonctions que le gouvernement conservait, si bien que la coordination avec le gouvernement était difficile. Le système de recours hiérarchique contre ses décisions

¹³⁷⁶ V. par ex. au Canada P. Garant, « Le statut légal des tribunaux administratifs et leurs rapports avec le gouvernement », *Administration Publique du Canada*, vol. 27, n°3, (Automne 1984), pp. 329-347. Cet auteur note ainsi que « tout récemment, des auteurs ont tenté de purifier la notion de tribunal administratif en la réservant à une catégorie d'organismes dont la fonction unique est d'entendre des litiges, et non rattachés à l'ordre judiciaire traditionnels (...) ». L'auteur ajoute de manière significative « Cette conception nous paraît non-conforme à la jurisprudence et à la tradition de notre droit public (...). Dans la jurisprudence, le terme tribunal administratif s'applique indistinctement aux deux catégories d'organismes (...). Ce qui les caractérise tous c'est l'attribution d'un pouvoir de décision affectant les droits ou intérêts des administrés suivant un processus communément appelé quasi-judiciaire, soit à titre principal, soit à titre accessoire » (p. 331 de l'art. préc.).

¹³⁷⁷ La nature du First-Tier Tribunal est douteuse, mais le Upper-Tribunal est une juridiction.

¹³⁷⁸ V. R. Baldwin, *Regulating the airlines*, préc., pp. 74 suiv..

devant le Secrétaire d'État ruinait son autorité. Il n'avait pas non plus les ressources suffisantes pour développer une recherche performante au niveau économique.

397. La création de la Civil Aviation Authority (C.A.A.) résulte donc de la réflexion sur les échecs de la précédente instance. Il fut choisi à cette occasion de sortir l'instance du gouvernement et de lui conférer le statut d'autorité indépendante afin d'éviter tout risque de partialité de la part du gouvernement, toujours propriétaire de certaines compagnies. Ce changement correspond à l'émergence, à cette époque, de la réflexion sur l'externalisation de certaines compétences gouvernementales dans le cadre du rapport Fulton. Le rôle de formulation des politiques générales du secteur continue d'être du ressort du gouvernement et la C.A.A. obtient un rôle consultatif dans ce domaine. La création de la C.A.A. correspond donc à une tentative de séparer la formulation des politiques de leur mise en œuvre pratique.

398. Par ailleurs, la forme du *tribunal* présente le défaut d'utiliser des procédures de type juridictionnel. Le *tribunal*, et son nom exprime bien son ambiguïté, est pensé en référence aux juridictions. Or, c'est précisément cette assimilation qui nuit à son efficacité quand on lui confie la tâche plus large de gérer un secteur. L'A.T.L.B., dont le rôle était essentiellement l'attribution d'autorisations ne pouvait élaborer une politique cohérente du secteur et dégager des objectifs pertinents, sur la base d'une gestion au cas par cas et sans pouvoirs réglementaires larges. Ce sont ces déficits que la C.A.A. est venue corriger. Le nouvel organe s'est mis à mener des consultations publiques, à publier des guides, à engager des recherches, à réaliser en somme une véritable réglementation du secteur. Le défaut du *tribunal* est qu'il est confiné à l'édiction de décisions individuelles, il est ainsi en général dépourvu de pouvoir réglementaire et de fonction coercitive, ce que vient corriger l'autorité de régulation.

399. Le besoin de doter l'autorité de régulation d'une fonction contentieuse explique aussi le rejet du modèle du *tribunal* pour constituer les premières autorités dans les années 1980. Comme l'ont relevé Robert Baldwin et Christopher McCrudden, les autorités de régulation créées dans ces années se caractérisent par la réunion de fonctions tenues traditionnellement séparées dans le modèle du *tribunal*¹³⁷⁹.

400. La forme institutionnelle du *tribunal* s'est avérée inadaptée face aux nouvelles fonctions administratives que le législateur a créées. Le *tribunal* est en effet caractérisé en général par un pouvoir de décision individuelle. L'évolution vers l'autorité de régulation s'explique par le besoin de réunir dans la même institution des fonctions que le *tribunal* permettait justement de séparer. Le législateur a souhaité que l'autorité en charge des secteurs étudiés soit dotée de multiples fonctions à la fois réglementaire, de décision individuelle et contentieuse. Le *tribunal* n'était pas adapté pour répondre à ce nouveau défi.

Pour compléter ce tableau, il faut analyser enfin les insuffisances des modes alternatifs de règlement des différends.

¹³⁷⁹ V. R. Baldwin, Ch. McCrudden, *Regulation and public law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987, p. 3. V. aussi A. McHarg, « Separation of Functions and Regulatory Agencies: Dispute Resolution in the Privatised Utilities », in M. Harris, M. Partington, (eds.), *Administrative Justice in the 21st Century*, Oxford, Hart, 1999.

La création d'une fonction administrative de règlement des différends s'inscrit dans une double tendance.

401. Cette fonction s'inscrit d'une part dans une tendance qui privilégie les modes alternatifs de règlement des différends. En effet, il n'est pas possible d'expliquer l'émergence de cette nouvelle fonction en passant sous silence la recherche sur les solutions alternatives de règlement des conflits¹³⁸¹. Des techniques comme la transaction existent depuis longtemps en France en matière administrative¹³⁸² où le Conseil d'État a manifesté son intérêt pour les moyens de « régler autrement les conflits »¹³⁸³. Les États-Unis, mais aussi le Royaume-Uni ont manifesté un intérêt grandissant, et ce, depuis les années 1970 pour ces nouvelles techniques¹³⁸⁴. On peut donc penser que la fonction de règlement des différends émerge à un moment où la réflexion sur la « justice hors du juge », pour reprendre les mots de Pierre Delvolvé, est arrivée à maturité.

402. D'autre part, cette nouvelle fonction s'inscrit dans un mouvement qui fait de plus en plus de l'Administration un médiateur des conflits entre personnes privées. Mais, à la différence des médiateurs des litiges de consommation, la fonction de règlement des différends s'explique par la volonté de mettre en place un mécanisme contraignant, dont sont dépourvus les médiateurs des litiges de consommation.

¹³⁸⁰ V. la définition suiv. : englobe « tous les moyens non judiciaires pour résoudre les conflits, y inclus, entre autres, l'arbitrage, la médiation et la conciliation, ainsi que l'évaluation d'une controverse par une personne neutre » (Dictionnaire de la justice, ss la dir. de L. Cadiet, Paris, P.U.F., 2004, entrée : Alternative Dispute Resolution).

¹³⁸¹ Au Royaume-Uni, la réflexion sur les modes alternatifs de règlement des conflits est très importante, et ce thème, très populaire. Des modes alternatifs de règlement des conflits ont été mis en place à tous les stades du contentieux et sont largement favorisés : v. Smith, Bailey and Gunn on the Modern English legal system, préc., p. 685 suiv.. En France v. par ex. l'étude du Conseil d'État préc. et L. Richer, Arbitrage et conciliation, mars 2001, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz ; en droit privé M. Douchy-Oudot, J. Joly-Hurard, Médiation et conciliation, sept. 2006, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz.

¹³⁸² V. par ex. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, préc., passim. ; E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public, Paris, Economica, 1987.

¹³⁸³ V. Conseil d'État, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993, Coll. Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1993. V. aussi L. Richer, Arbitrage et conciliation, mars 2001, in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA 1997, p. 3 ; B. Valette, « Quelles perspectives pour la médiation administrative », LPA 13 juill. 1999, p. 12 ; R. Le Goff, « Les modes alternatifs de règlements : vers l'efficience juridique », JCP Adm. 2005, p. 1285 ; A. Noury, « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif », JCP A 2005, p. 1286 ; et dans une perspective de droit comparé S. Boyron, « The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes : Experiences from England, France and Germany », Public Law 2006, p. 320.

¹³⁸⁴ V. pour le cas américain, parmi une bibliographie imposante : J. Doucet, S. Littlechild, « Negotiated settlements: The development of legal and economic thinking », Utilities Policy, Vol. 14, Issue 4, December 2006, pp. 266-277. Ce mouvement est d'ailleurs général en Europe comme le remarque H. Pauliat, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », RFDA 2008, p. 225. V. aussi « Alternative Dispute Resolution » (entrée du Dictionnaire de la Justice, préc.).

403. Les analyses sont nombreuses, et particulièrement au Royaume-Uni, sur l'institution des médiateurs, des ombudsmans sur le modèle scandinave¹³⁸⁵. Cette institution se présente comme un mode de résolution des litiges entre l'Administration et les administrés. Elle ne peut donc pas être assimilée à l'institution étudiée ici. Mais, en réalité, la fonction administrative de médiation se développe dans deux directions : si, traditionnellement, la médiation est mise en œuvre pour résoudre les litiges entre l'Administration et les administrés¹³⁸⁶ ; on constate toutefois un essor d'une fonction de médiation des litiges entre personnes privées qui est, semble-t-il, particulièrement développée dans le domaine des litiges de la consommation. Dans ce sens, les autorités étudiées ne peuvent s'inscrire dans ce que Bénédicte Delaunay a appelé le mouvement d'« amélioration des rapports entre l'administration et les administrés »¹³⁸⁷.

404. La fonction administrative de règlement des litiges privés se développe de manière constante et connaît récemment une fortune sans précédent et particulièrement dans les domaines étudiés. Au Royaume-Uni, l'essor de cette fonction administrative a poussé la doctrine à élaborer la notion de « *private ombudsman* »¹³⁸⁸. Il faut toutefois distinguer parmi les médiateurs des litiges privés deux types d'organismes : certains sont une émanation des acteurs privés du secteur ou de l'opérateur historique, par exemple au Royaume-Uni, l'Office of the Telecommunications Ombudsman¹³⁸⁹, ou en France, le Médiateur des communications

¹³⁸⁵ V. la définition donnée par R. Bousta, « Contribution à une définition de l'Ombudsman », R.F.A.P., varia 2007, n°123, p. 397 : « une institution chargée de contrôler en toute indépendance l'action de l'administration en vue de mettre fin à un conflit d'intérêts impliquant administration(s) et citoyen(s), par un pouvoir de recommandation et de proposition de réforme sans force coercitive ». V. aussi la thèse du même auteur Essai sur la notion de bonne administration en droit public, Thèse dactyl. Paris I, 2009, n°74. V. aussi A. Legrand, L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration, L.G.D.J., Coll. Bibl. de science administrative, tome 2, 1970 ; pour la situation en Belgique v. B. Cambier, L. Cambier, « Médiateurs ou médiation en droit public », in En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste, Bruylant, L.G.D.J., 2007.

¹³⁸⁶ La médiation publique est définie par B. Delaunay ainsi : « l'organe qui est saisi de réclamations des administrés, intervient plutôt comme un "intercesseur" en leur faveur auprès de l'administration de laquelle dépend la solution du litige, utilisant sa magistrature d'influence pour qu'elle adopte la solution qu'il suggère ou encore les réformes qu'il juge indispensable » (B. Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 172, 1993, p. 629). Le Royaume-Uni est lui aussi, et peut-être davantage encore que la France, contaminé par ce que Carol Harlow et Richard Rawlings appellent « *l'ombudsmania* » et qu'ils définissent aussi comme un moyen de résoudre les litiges administratifs de manière informelle (Law and Administration, préc., p. 480-481). V. aussi M. Harris, « The Ombudsman and Administrative Justice », pp. 168-190, spéc. 175, in Administrative Justice in the 21st Century, Michael Harris Martin Partington ed., Oxford, Hart Publishing, 1999.

¹³⁸⁷ V. B. Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 172, 1993.

¹³⁸⁸ R. James, Private Ombudsmen and Public Law, Dartmouth, Aldershot, 1997. À partir de l'analyse des mécanismes de médiation mis en place dans plusieurs secteurs cet auteur défend la thèse selon laquelle ces médiateurs exercent une fonction administrative. Le développement des médiateurs privés a été encouragé par certains rapports importants comme celui de Lord Woolf sur l'accès à la justice (Report on Access to Justice, 1996).

¹³⁸⁹ V. par ex. dans le domaine des communications électroniques : Office of the Telecommunications Ombudsman (Otel) ; dans le domaine de l'énergie, Energy Ombudsman. C. Harlow et R. Rawlings parlent ainsi de « *private ombudsman* » (Law and Administration, préc., pp. 480-481).

électroniques¹³⁹⁰ ; d'autres, au contraire, sont créés par les pouvoirs publics, parfois par la loi, et peuvent ainsi être considérés comme des institutions administratives¹³⁹¹. Dans ces deux cas, leur domaine est néanmoins le même : il s'agit en général d'institutions chargées du règlement non juridictionnel des litiges de la consommation¹³⁹². Dans les domaines étudiés, on connaît en France, le Médiateur de l'énergie¹³⁹³ — médiateur imposé par le droit de l'Union européenne¹³⁹⁴ —, l'ancien Médiateur du Service universel postal¹³⁹⁵ ou la nouvelle compétence de conciliation dévolue à l'A.R.C.E.P. en matière postale par la loi du 9 février 2010¹³⁹⁶. En dehors de notre domaine, on trouve des médiateurs importants, comme celui de

¹³⁹⁰ Souvent une charte signée par les acteurs du secteur est à l'origine du mécanisme. Rentre ainsi dans cette catégorie les médiateurs d'E.D.F. et de G.D.F., le Médiateur de l'Eau, le Médiateur du Net, de La Poste, de la SCNF, de la RATP.

¹³⁹¹ V. le Financial Ombudsman Service tient ses pouvoirs du Financial Services and Markets Act de 2000 et du Consumer Credit Act de 2006. V. P. Morris, « The Financial Ombudsman Service: a brave new world in "ombudsmanry"? », *Public Law* 2002, pp. 640-648 ; E. Ferran, « Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector », *Civil Justice Quarterly*, 2002, 21(Mar), pp. 135-155 ; R. James, « The new dispute resolution system in the U.K. financial services industry », *Journal of International Financial Markets*, 2002, 4(6), pp. 191-199. Une autre instance de règlement des litiges contre les avocats, le Legal Services Ombudsman, tient ses pouvoirs de la loi, le Courts and Legal Services Act de 1990. On en trouve enfin un autre dans le domaine du logement (le Housing Ombudsman Service créé par le Housing Act de 1996).

¹³⁹² V. É. Camous, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation : contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 362, 2002. Cet auteur recense comme institutions la boîte postale 5000 mise en place en 1976 puis les Commissions départementales de règlement des litiges de la consommation en 1994. V. M. Beaufils, « De la BP 5000 aux CLRC : les instances publiques de traitement », *Ateliers de la consommation organisés par la G.G.C.C.R.F.*, 18/03/99, *L'accès du consommateur européen au droit et à la justice*. V. aussi Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, 1^{er} éd., Sirey, Coll. Université, 2005, p. 342 ; J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation* 7^e éd., Dalloz, Coll. Précis, n°494.

¹³⁹³ V. Loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (J.O.R.F. n°284 du 8 décembre 2006 page 18531, texte n° 1) et Décret n° 2007-1504 du 19 octobre 2007 relatif au médiateur national de l'énergie (J.O.R.F. du 21 Octobre 2007). V. JCP 2007. I. 139, § 10, obs. L. Cadiet ; JCP 2006. Act. 575. V. le détail de ses prérogatives : *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, Fasc. 995 : Contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, n° 84-85. P.-A. Jeanneney doute d'ailleurs de l'utilité de ces institutions : « L'utilité et la cohérence d'une telle création n'apparaissent pas avec évidence. Dans le domaine postal, le médiateur du service universel, qui avait été institué par un décret du 28 décembre 2001, a été récemment et discrètement supprimé. Plus généralement, la multiplication des médiateurs sectoriels risque de faire double emploi avec les directions départementales de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes et d'être, pour les consommateurs, source de désillusion ou de confusion » (comm. de la Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (articles 5, 7 et 8), in *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, ss la dir. L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, A.J.D.A., 2006, p. 2437.

¹³⁹⁴ V. les directives du « troisième paquet énergie » adoptées en août 2009 : article 3, point 9 de la directive 2009/73/CE (gaz naturel) et article 3, point 13 de la directive 2009/72/CE (électricité).

¹³⁹⁵ V. le décret n° 2001-1335 du 28 décembre 2001, J.O.R.F. 30 décembre 2001, p. 21399. V. JCP 2007. I. 139, § 10, obs. L. Cadiet. Le Médiateur de la Poste est adossé à cette institution et ne peut donc être mis sur le même plan que son prédécesseur.

¹³⁹⁶ V. Article L5-7-1 du Code des postes et des communications électroniques. Cette compétence est bien une compétence de médiation, l'A.R.C.E.P. ne pouvant émettre à l'issue de la procédure qu'un avis.

l'Autorité des marchés financiers¹³⁹⁷ ou le Médiateur du crédit¹³⁹⁸. On constate à cet égard un certain mouvement de privatisation de la médiation en France dans certains domaines¹³⁹⁹.

La fonction de règlement des différends des autorités de régulation a donc émergé dans une ambiance favorable à l'intervention de l'Administration dans les litiges privés. Mais elle ne peut se réduire à cela.

405. Si la mise en place de modes alternatifs de règlement des conflits participe certainement de l'explication de l'émergence de la fonction administrative de règlement des différends, il n'en reste pas moins que celle-ci ne se substitue pas à ceux-là. Le caractère non contraignant des modes alternatifs de règlement des conflits exclut leur utilisation dans les secteurs régulés. Toutefois, ceci n'exclut par l'articulation de ces deux procédés : ainsi, certains textes européens autorisent les autorités de régulation à refuser de résoudre un litige si d'autres mécanismes de règlement leur paraissent plus adaptés¹⁴⁰⁰.

406. C'est bien l'échec de la négociation qui explique la nécessité d'un mécanisme contraignant, car quel intérêt l'opérateur historique peut-il avoir d'ouvrir son réseau ; son intérêt est d'ailleurs de faire traîner les négociations autant que possible. L'intérêt du caractère contraignant du règlement des différends sur les modes non contraignants est visible aux États-Unis où les deux procédés coexistent.

Aux États-Unis le Telecommunications Act de 1996 met en place un mécanisme de médiation non contraignant, mais aussi un mécanisme contraignant de règlement des différends sous le terme d'arbitrage. Les premiers rapports écrits dans ce pays sur l'utilisation de ces procédures remarquent bien que les demandes de médiation ne sont pas utilisées alors que les demandes d'arbitrage « inondent » les autorités locales¹⁴⁰¹.

407. De même, dans les secteurs du cinéma et de la propriété intellectuelle la fonction de règlement des différends permet de surmonter l'échec de la conciliation. La première fonction du Médiateur du cinéma et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet est ainsi une mission de conciliation. Le Médiateur met ainsi d'abord en œuvre une « solution de conciliation » et ce n'est qu'« à défaut de conciliation [que] le

¹³⁹⁷ V. l'article L. 621-19 du code monétaire et financier.

¹³⁹⁸ Cette institution a une coloration fortement publique : la mission est placée auprès du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, et le médiateur est nommé par décret du Président de la République (v. pour la nomination de G. Rameix : Décret du 28 septembre 2009 portant nomination du Médiateur national du crédit – (JORF n°0225 du 29 septembre 2009 page 15810, texte n° 20).

¹³⁹⁹ V. par ex. Médiateur de la téléphonie qui a été remplacé par Médiateur des communications électroniques qui a été créé à l'instigation des entreprises du secteur et non par l'Administration comme son prédécesseur. V. sur le Médiateur des communications électroniques : JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 994 : Contrats de service de communications électroniques, n°150.

¹⁴⁰⁰ V. article 21(3) de la nouvelle directive cadre, amendée par la directive 2009/140/CE (dans le cadre des litiges transfrontaliers).

¹⁴⁰¹ V. V. Witkind Davis, N. N. Zearfoss, State Commission Mediation And Arbitration of Interconnection Agreements: Procedures And Status Under The Telecommunications Act Of 1996, The National Regulatory Research Institute, September 1996, NRRI 96-24, p. 1. V. aussi R. E. Burns, V. Witkind Davis, D. W. Wirick, Some Issues in Commission Mediation And Arbitration of Interconnection Agreements: Defining And Staffing The Administrative Process, A Preliminary Report, The National Regulatory Research Institute, June 1996, NRRI 96-17. Le règlement des différends devant les autorités sectorielles est souvent analysé aux États-Unis dans le cadre d'études sur les modes alternatifs de règlement des conflits : V. Alternative Dispute Resolution at RTOs, ISOs, and Power Pools, Energy Bar Association, Alternative Dispute Resolution Committee, Panel Presentation, May 22, 2007, Energy Law Journal, vol. 58, pp. 517 suiv. ; Report of the Alternative Dispute Resolution Committee, Energy Law Journal, vol. 29, pp. 231 suiv..

médiateur du cinéma émet, dans un délai maximum de deux mois à compter de sa saisine, une injonction »¹⁴⁰². Dans le cas de la Haute autorité la mission de conciliation est plus implicite. En effet, on comprend à la lecture de l'article L331-32 du code de la propriété intellectuelle que sa première mission, même si ce n'est pas précisé, est de chercher à réconcilier les points de vue. Le code précise ainsi que celle-ci « peut accepter des engagements proposés par les parties et de nature à mettre un terme aux pratiques contraires à l'interopérabilité » et ce n'est qu'« à défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations » qu'elle « rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction »¹⁴⁰³.

Il faut constater que devant le Médiateur l'écrasante majorité des cas est résolue de manière non contraignante¹⁴⁰⁴. Mais ce secteur constitue une exception. Le défaut essentiel, des modes alternatifs de règlement des conflits comme la médiation est son caractère non contraignant. Dans le domaine des communications électroniques et de l'énergie, il ne permettrait pas d'aboutir à une concurrence effective et loyale.

408. La fonction de règlement des différends des autorités sectorielles ne peut se comprendre que dans le cadre de réflexion plus large du développement des modes alternatifs de règlement des conflits. Toutefois, elle ne s'y réduit pas. Le caractère contraignant du règlement des différends, qui se traduit par l'émission d'une décision administrative d'injonction, permet de singulariser cette fonction et d'en comprendre tout l'intérêt. Même si les fonctions de médiation de l'Administration se développent, et même dans le champ du règlement des litiges privés, le règlement des différends devant les autorités sectorielles constitue, nous le montrerons, une notion différente.

Conclusion de la Section 1

La fonction contentieuse des autorités de régulation s'explique par des arguments qui tiennent au fond du droit (les limites substantielles du droit civil, du droit des biens, du droit pénal et du droit de la concurrence).

Cette fonction peut aussi être analysée à partir des limites des institutions traditionnelles chargées de dire ce droit. Les insuffisances des juridictions permettent ainsi de comprendre cette évolution. De même, les insuffisances du *tribunal* au Royaume-Uni, et le caractère non contraignant des modes alternatifs de règlement des conflits expliquent le choix d'attribuer cette fonction aux autorités de régulation.

Une dernière série d'arguments doit être étudiée. Certaines théories (l'analyse économique du droit et l'influence des théories que l'on pourrait regrouper sous la notion de *responsive regulation*) ont servi la cause de la fonction contentieuse de l'Administration. Il faut néanmoins préciser que cet argument est spécifique au Royaume-Uni, il n'a en effet pas été possible de mettre en évidence, en France, l'influence de ces théories¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰² V. article 92 de la loi du 29 juillet 1982 (préc.).

¹⁴⁰³ V. article L331-32§4 du code de la propriété intellectuelle.

¹⁴⁰⁴ V. Y. Robineau, « Le médiateur du cinéma (un exemple de procédure de conciliation au service du droit), préc., p. 622

¹⁴⁰⁵ En France, les autorités ont recours à ces idées pour évaluer le niveau optimal de la sanction pécuniaire, mais elles ne sont pas utilisées, à notre connaissance, par les pouvoirs publics dans leur choix d'une voie juridique sur

Section 2 — *La force des arguments théoriques au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne*

L'étude des motifs qui ont poussé le législateur anglais à privilégier la répression administrative manifeste l'influence de deux théories majeures : l'une, l'analyse économique du droit (§1), favorise la répression administrative en raison d'un pur calcul d'optimisation du système répressif et a eu une influence notable au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne ; l'autre, issue des théories de la *responsive regulation* (§2), s'intéresse aussi, mais à partir de prémisses différentes, à la mise en place d'un système administratif optimum, a eu une influence notable au Royaume-Uni.

§ 1 — **Le rôle de l'analyse économique du droit dans la préférence pour la fonction contentieuse des autorités de régulation au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne**

L'essor important de la répression administrative au Royaume-Uni ne peut s'expliquer que par un changement de paradigme de la répression. Il s'agit de trouver le système répressif qui permet d'optimiser les ressources limitées de l'État. L'analyse économique du droit cherchera donc à comparer les différentes voies de répression et choisira celle dont le rapport coût – résultat sera le plus satisfaisant (I). L'analyse économique du droit peut justifier une préférence pour la voie administrative à un second titre. Elle améliore, d'après les études, la certitude de la répression (II). Il s'agira en dernier lieu de comprendre si l'analyse économique du droit peut permettre d'expliquer l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation (III).

I — L'objectif d'optimisation du système répressif donne un avantage à la voie administrative

409. L'argument tiré de l'analyse économique du droit et qui justifie grandement, au Royaume-Uni, le recours à la répression administrative plutôt qu'à la magistrature criminelle est l'idée, ou plutôt l'exigence, d'optimisation du système répressif¹⁴⁰⁶. À cette aune, le système répressif choisi doit justifier son coût par le bénéfice escompté de la peine. Anthony Ogus avance ainsi que le choix politique doit se tourner vers le mode de répression qui permettra de minimiser les coûts pour la collectivité tout en générant un coût pour le délinquant qui excédera sa probabilité de gain¹⁴⁰⁷.

une autre. V. par ex. la rapport de l'Autorité de la concurrence sur les sanctions, in La lettre de l'Autorité de la concurrence, mai-août 2010, n°8, p. 2.

¹⁴⁰⁶ La notion qu'A. Ogus utilise en anglais est celle de « optimal regulatory enforcement ». V. A. Ogus, « Enforcing Regulation : Do we need the criminal law ? », *New perspectives on economic crime*, ed. par H. Sjögren, G. Skogh, Cheltenham, Northampton, Mass., Edward Elgar, 2004, spéc. p. 43.

¹⁴⁰⁷ V. A. Ogus, « Enforcing Regulation : Do we need the criminal law ? », préc., p. 48.

410. Comment l'analyse économique du droit est-elle parvenue à cette conclusion ? Il a fallu d'abord mettre en évidence le rôle des incitations et surtout étendre aux criminels le postulat de base de l'analyse économique du droit : la rationalité des acteurs. « Le postulat de départ de l'économie de la criminalité développée par Becker est qu'il n'y aurait rien à gagner à supposer a priori que les délinquants sont différents du reste de la population : les délinquants sont des agents rationnels et procèdent à une analyse coûts/bénéfices qui guide leurs décisions »¹⁴⁰⁸. Évidemment, la conséquence de ce postulat est que tout individu est un délinquant potentiel et qu'il ne passe à l'acte que si son espérance de gain dépasse sa probabilité d'être sanctionné !

Au-delà des jugements que le juriste pourrait porter sur ces théories, force est de constater leur influence. Et surtout, force est de constater qu'elles permettent peut-être de comprendre certains traits saillants de la répression administrative moderne.

411. L'étude de ces théories permet de comprendre la préférence pour la sanction de type pécuniaire. Ainsi Becker affirme : « le coût des différentes punitions pour le délinquant peut être rendu comparable en les convertissant en leur équivalent ou leur valeur monétaire ce qui, bien sûr, n'est mesurable directement que pour les amendes. Par exemple, le coût d'un emprisonnement correspond à la somme escomptée des gains auxquels on renonce ainsi qu'à la valeur que l'on attribue aux restrictions en terme de consommation et de liberté »¹⁴⁰⁹. Transféré en terme de coût il est plus facile de chercher un optimum. La conclusion de Becker et de plusieurs autres économistes est d'ailleurs de choisir la sanction pécuniaire pour réprimer, car c'est l'instrument le moins coûteux pour la collectivité¹⁴¹⁰.

412. Mais ce pouvoir de sanction pécuniaire aurait aussi bien pu être attribué à un juge. L'analyse économique du droit avait aussi besoin de changer le but de l'activité punitive pour permettre de consacrer la répression administrative. Il ne s'agit plus, pour Becker, quand on punit, de réprimer ou même de prévenir, mais au contraire d'évaluer le mal généré par l'accusé afin de l'annuler¹⁴¹¹, conclusion que l'on retrouve tant dans les rapports Hampton que Macrory qui posent comme but de la répression l'annulation du gain¹⁴¹². L'analyse économique du droit part du principe qu'il faut accepter un certain niveau de délinquance, car la répression a un coût¹⁴¹³. Le système répressif ne doit plus chercher le respect, la conformité parfaite à la norme, mais davantage la conformité optimale¹⁴¹⁴, c'est-à-dire le niveau de respect qui minimise tant le coût de l'infraction que celui de la mise en œuvre de l'action publique. Ces théories sont aussi une application de l'analyse coût-bénéfice, à l'aune de

¹⁴⁰⁸ V. É. Langlais, « Les criminels aiment-ils le risque ? », *Revue économique*, 2/2010 (vol. 61), pp. 263-280, spéc. §38.

¹⁴⁰⁹ V. G. S. Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217. Traduction de : « The cost of different punishments to an offender can be made comparable by converting them into their monetary equivalent or worth, which, of course, is directly measured only for fines. For example, the cost of an imprisonment is the discounted sum of the earnings foregone and the value placed on the restrictions in consumption and freedom » (p. 179). V. aussi p. 208 du même article.

¹⁴¹⁰ V. É. Langlais, « Les criminels aiment-ils le risque ? », *Revue économique*, 2/2010 (vol. 61), pp. 263-280, spéc. §45 suiv..

¹⁴¹¹ V. G. S. Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », préc. p. 198.

¹⁴¹² V. le rapport Hampton (préc., §16) et la rapport Macrory (préc., p. 10).

¹⁴¹³ V. G. J. Stigler, « The Optimum Enforcement of Laws », *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3 (May - Jun., 1970), pp. 526-536, spéc. p. 527.

¹⁴¹⁴ V. G. J. Stigler, « The Optimum Enforcement of Laws », *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3 (May - Jun., 1970), pp. 526-536.

laquelle l'action publique est jugée et qui est menée dans les pays anglo-saxons depuis les années soixante-dix¹⁴¹⁵, et qui est introduite désormais en France¹⁴¹⁶. Débarrassée de tout habit symbolique, la punition peut tout aussi bien, dans ces conditions, être confiée à l'Administration.

413. Le recours au juge est, aux dires de la doctrine, plus onéreux. Anthony Ogus montre ainsi que le coût associé au recours au juge est très élevé, car « il est très coûteux pour l'instance chargée de porter l'affaire devant le juge de rassembler suffisamment de preuves pour obtenir la condamnation, étant donné les principes existants en procédure pénale qui comprennent, notamment, les règles concernant la charge de la preuve, et celles, strictes, de preuve, de même que (dans les cas les plus sérieux) l'exigence d'un procès avec un jury »¹⁴¹⁷.

C'est aussi à un autre titre que la répression administrative offre un avantage. Les études menées par la Commission européenne mettent en évidence qu'elle améliore la certitude de la répression.

II — La certitude de la répression favorise la répression administrative.

414. L'analyse économique du droit met aussi en évidence l'importance pour la croissance économique de la certitude de la régulation qui permet aux entreprises de pouvoir prévoir leur action. Dans ce cadre, les études commandées par la Commission européenne et qui expliquent l'augmentation du pouvoir répressif des autorités de régulation dans les derniers textes mettent en évidence une corrélation entre l'attribution d'un pouvoir répressif aux autorités de régulation et cette « *regulatory certainty* »¹⁴¹⁸. Cette conclusion est aussi valable pour le règlement des différends. L'idée de certitude des décisions, qui permet aux entreprises de pouvoir compter sur une certaine stabilité réglementaire et, en conséquence, de pouvoir planifier des investissements à long terme, est centrale dans les principes d'une bonne gouvernance de marché. La prévisibilité des décisions est un élément favorable aux autorités de régulation : leur engagement pour l'ouverture du marché, le dialogue avec les acteurs par les multiples consultations qu'elles organisent, la publication de guides sont autant d'éléments qui favorisent ces acteurs¹⁴¹⁹. Ainsi P. de Bijl et M. Peitz avancent que si les principes

¹⁴¹⁵ V. pour un état des lieux de la littérature sur ce sujet et une histoire de cette pratique : S. Shapiro, *The Evolution of Cost-Benefit Analysis in U.S. Regulatory Decisionmaking*, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper, n° 5, May 2010. V. aussi C. M. Radaelli, F. De Francesco, « Regulatory Impact Assessment », in *The Oxford Handbook of Regulation*, ed. par M. Cave, R. Baldwin et M. Lodge, chap. 15.

¹⁴¹⁶ V. réforme constitutionnelle qui introduit une obligation pour le législateur de réaliser une étude d'impact. Selon l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact et les documents rendant compte de cette étude d'impact sont déposés en même temps que le projet de loi auquel ils s'appliquent. V. pour le détail ce document du Sénat, « La nouvelle procédure législative », oct. 2009.

¹⁴¹⁷ V. A. Ogus, « Enforcing Regulation : Do we need the criminal law ? », préc., p. 50. Traduction de : « It is very expensive for the enforcement agency to marshal sufficient evidence to obtain a conviction, given existing procedure of criminal procedure including, notably, the burden of proof, restrictive rules of evidence and (in very serious cases) requirement of a jury trial ». V. aussi, A. Ogus, C. Abbot, « Sanctions for Pollution: Do We Have The Right Regime? », *J Environmental Law* (2002) 14(3): 283-298. V. aussi Rapport Macrory, préc., p. 23 (n°1.30 suiv.).

¹⁴¹⁸ V. *An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector*, Final Report, préc., p. xiii.

¹⁴¹⁹ V. L. Hancher, P. Larouche and S. Lavrijssen, *Principles of Good Market Governance*, *Tijdschrift voor Economie en Management*, Vol. XLIX, 2, 2004, p. 349.

réglementaires ne sont pas annoncés de manière suffisamment précoce les opérateurs, face à l'incertitude retarderont leurs investissements¹⁴²⁰.

Qu'en est-il à présent du règlement des différends devant les autorités de régulation ? L'analyse économique du droit fournit-elle des arguments théoriques pour préférer l'attribution de cette fonction à une autorité administrative ?

III — L'analyse économique du droit, le droit des contrats et l'exigence d'efficacité

415. L'analyse économique du droit accorde peu de place à la question spécifique du règlement des différends devant les autorités de régulation, se concentrant davantage sur les problèmes de tarification *ex ante* ou de définition des modèles institutionnels les plus adaptés ou, enfin et surtout, sur les moyens d'éviter d'avoir à recourir aux procédures contraignantes telles que celle à l'étude. Quelques conclusions peuvent toutefois être dégagées à partir des quelques études consacrées à ce sujet.

416. L'analyse économique du droit a mis en évidence d'abord les effets anticoncurrentiels des accords d'interconnexion négociés librement¹⁴²¹. C'est la raison pour laquelle les autorités sectorielles surveillent de près ces contrats. De surcroît, la négociation de ces contrats est une source de litiges, l'opérateur historique ayant intérêt à retarder autant que possible l'arrivée de concurrents sur son propre réseau. Le problème identifié est celui de la définition des droits de propriété sur les différents éléments du réseau. C'est la définition de ces droits dans les contrats qui génère les litiges.

417. L'analyse économique met ainsi en évidence que l'existence de modes de résolution des différends adaptés aux spécificités de ce problème permet de limiter les coûts en définissant en amont les droits des participants¹⁴²². Ces procédures permettent aussi d'actualiser les principes du droit sectoriel en assurant les parties qu'en cas d'échec des négociations les principes posés dans les textes seront appliqués par les autorités publiques et régiront leurs relations commerciales¹⁴²³.

418. De surcroît, l'analyse économique du droit met en évidence la nécessité, pour rendre les marchés les plus parfaits possible, d'abattre les barrières à l'entrée. Or, les contentieux éventuels pour l'entrée sur le marché sont une barrière importante. Si un opérateur est sûr de devoir batailler pendant des années devant les tribunaux pour voir son droit reconnu, il est très probable qu'il renoncera à son projet. Robert D. Willig met donc en garde contre les coûts excessifs du contentieux qui constituent autant de barrières à l'accès au marché¹⁴²⁴. La fonction de règlement des différends des autorités sectorielles s'explique donc aussi par le

¹⁴²⁰ V. P. de Bijl et M. Peitz, *Regulation and Entry into Telecommunications Markets*, Cambridge University Press, 2003, p. 246.

¹⁴²¹ V. G. Dang-Nguyen, T. Pénard, « Interconnection agreements in telecommunications networks : from strategic behaviors to property rights », spéc. p. 359 in É. Brousseau, J.-M. Glachant (dir.), *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, 2002.

¹⁴²² V. Report 2000 *Interconnection Disputes Settlements in the European Telecommunications Industry and its Effects on the European Institutions and Regulatory Environment*, ETP WG/DR, p. 9.

¹⁴²³ V. M. E. Clements, *Most-Favored-Nation Clauses and Telecommunications Interconnection: Making the Safeguards Safe*, NRRI 96-16, *passim*.

¹⁴²⁴ V. R. D. Willig, « Market Structure and Government Intervention in Access Markets », p. 52, in *Telecommunications access and public policy : proceedings of the Workshop on Local Access*, September 1982, St. Louis, Missouri, co-editors, Alan Baughcum, Gerald R. Faulhaber, Norwood, N.J., Ablex Pub. Corp., 1984.

besoin d'abaisser autant que possible le coût d'entrée sur le marché, en évitant des procédures trop longues.

Conclusion du § 1

L'analyse économique du droit, en droit anglais et en droit de l'Union européenne, a eu une influence non négligeable sur l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration. En débarrassant la réflexion sur la répression de tout effet symbolique et en réduisant le choix à un pur calcul, à une simple réalité comptable, il permet de rendre compte du recul du juge pénal. À la suite de ces études, et dans l'optique de privilégier les options législatives qui favorisent la croissance, la répression administrative s'est vue avantagée, car elle améliore la certitude du cadre réglementaire. L'analyse économique du droit permet aussi de rendre compte de certains aspects du règlement des différends, sans que l'on puisse toutefois affirmer que ces études ont eu une influence sur les décideurs.

Il reste à ce stade à exposer une théorie, la *responsive regulation*, qui a eu une influence importante au Royaume-Uni dans le choix d'un mode administratif de répression.

§ 2 — Le rôle de la *responsive regulation* dans le réaménagement des voies d'exécution des obligations juridiques au Royaume-Uni.

419. Un dernier élément permet de comprendre le recul du droit pénal dans les pays de *common law* : il s'agit du rôle des théories que l'on pourrait regrouper sous la notion de *responsive regulation*, telle que développée par Ayers et Braithwaite¹⁴²⁵. À telles enseignes que Carol Harlow et Richard Rawlings n'hésitent pas à affirmer que cette théorie a été si influente « qu'aucun manuel de droit administratif ne peut être complet aujourd'hui sans y faire référence »¹⁴²⁶. Cette théorie est définie ainsi par Carol Harlow et Richard Rawlings : il s'agit de « mettre au point des structures réglementaires qui stimulent et répondent aux capacités réglementaires préexistantes des compagnies, en intervenant le moins qu'il est requis afin d'atteindre le but recherché et tout en gardant une capacité d'agir de manière plus énergique au besoin »¹⁴²⁷. Le projet « *responsive regulation* » cherche à mettre en place l'échelle de réponses coercitives qui soit la plus adaptée à chaque comportement des acteurs, dans le but de les faire rentrer dans le droit chemin. Ayers et Braithwaite ont donc élaboré une pyramide coercitive qui permet d'adapter la répression au degré de violation de la règle. La pyramide dessinée par ces auteurs comprend à sa base une phase administrative qui consiste dans l'utilisation de la persuasion¹⁴²⁸, puis de mises en demeure et d'amendes. Si cette phase

¹⁴²⁵ V. I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992. V. aussi J. Braithwaite, « The New Regulatory State and the Transformation of Criminology », *The British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40, pp. 222-238.

¹⁴²⁶ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 242.

¹⁴²⁷ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 242. Traduction de : « designing regulatory frameworks which stimulate and respond to the pre-existing regulatory capacities of firms, keeping regulatory intervention to the minimum required to achieve the desired outcome, while retaining the regulatory capacity to play a more forceful hand ».

¹⁴²⁸ La doctrine de science administrative a mis en évidence l'importance à ce niveau des « regulatory conversations » dans la mise en place d'une stratégie de respect des règles : v. Julia Black, « Talking About Regulation », *Public Law*, 1998, pp. 77 suiv.. J. Black a poursuivi sa réflexion sur les règles et le problème de la

n'est pas couronnée de succès, l'autorité administrative peut passer à la phase pénale qui commence par l'édition d'une mise en demeure poursuivie par l'infliction d'une peine criminelle. Enfin, si tous ces moyens se sont révélés insuffisants, en haut de la pyramide, se trouvent les deux sanctions ultimes : la suspension et la révocation de l'autorisation.

420. Cette pyramide montre bien le bouleversement juridique qui s'est produit. Alors que l'exécution des conditions de l'autorisation repose d'une part sur la suspension et le retrait de l'autorisation ou d'autre part le prononcé de sanctions pénales ces instruments sont aujourd'hui en haut de la pyramide et doivent être utilisés uniquement dans les cas où la répression administrative pécuniaire n'a pas fonctionné ou ne semble pas assez forte face aux infractions constatées.

421. Cette approche met sur le même plan l'ensemble des moyens d'exécution juridique. Comme l'explique le pénaliste Andrew Ashworth : « Pour Braithwaite, la prévention du dommage est un but primordial de la politique sociale, et le droit pénal est considéré comme un des nombreux mécanismes permettant d'atteindre ce but. Il doit par conséquent être utilisé dans la mesure et lorsqu'il est efficace, et être remplacé par d'autres mécanismes quand il n'est pas efficace et/ou inefficace en raison de son coût. Cette considération sous-tend l'idée de *responsive regulation*, comme un moyen d'analyser les différents contextes dans lesquelles les autorités de régulation doivent agir »¹⁴²⁹.

Quels que soient les raffinements que ces théories puissent connaître¹⁴³⁰, elles n'en privilégient pas moins la répression administrative sous la forme de la sanction pécuniaire.

qualité de la norme (caractère indéterminé, problème d'interprétation) dans son livre *Rules and Regulators*, Oxford, OUP, 1997.

¹⁴²⁹ V. A. Ashworth, « Is the Criminal Law a Lost Cause », *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 225 suiv.. Traduction de : « For Braithwaite, the prevention of harm is a primary goal of social policy, and the criminal law is regarded as one among a number of mechanisms for bringing this about. It should therefore be used as and when it is efficient, and replaced by other mechanisms when it is not efficient and/or cost-effective. This view underlies the idea of responsive regulation, as a means of dealing with the varying contexts in which regulatory agencies have to operate ». V. une autre critique dans K. Yeung, *Securing Compliance - A Principled Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

¹⁴³⁰ Ce programme de recherche a connu de nombreux raffinements qui tous mettent en évidence des éléments qui excluent explicitement ou implicitement le droit pénal de l'exécution des règles juridiques. Les plus récentes recherches de Robert Baldwin et Julia Black mettent en avant le besoin d'une « *Really Responsive Regulation* ». Ces auteurs centrent leur démarche sur la nécessité d'une action continue d'une autorité administrative afin de répondre non seulement au comportement des acteurs, mais aussi et surtout à des éléments plus généraux et globaux. Cette théorie « veut ajouter aux théories actuelles de l'exécution en mettant l'accent sur le fait que les régulateurs doivent être réactifs non seulement envers le comportement des entreprises contrôlées, mais aussi envers les cadres opérationnels et cognitifs de ces entreprises, l'environnement institutionnel et les performances du régime de réglementation, les différentes logiques des outils et des stratégies réglementaires, et les changements de chacun de ces éléments » (V. R. Baldwin, J. Black, « *Really Responsive Regulation* », *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n°1, pp. 59-94. Traduction de : « *Really Responsive Regulation* seeks to add to current theories of enforcement by stressing the case for regulators to be responsive not only to the attitude of the regulated firm but also to the operating and cognitive frameworks of firms; the institutional environment and performance of the regulatory regime; the different logics of regulatory tools and strategies; and to changes in each of these elements ». V. aussi C. Scott, « Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state », in Jordana and Levi-Faur (eds.), *The politics of Regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*, Elgar, 2004).

Conclusion du § 2

Les théories issues du courant du « *responsive regulation* » cherchent, comme les économistes, à optimiser le système répressif. Mais les prémisses et les méthodes de ces théories étant différentes, elles justifient un traitement séparé. Ces théories sont très influentes au Royaume-Uni et dans les pays de *common law*, ce qui en explique l'exposé. Elles ont toutefois l'avantage, en plus d'expliquer les motifs du législateur, de prendre en compte le changement du paysage juridique anglais. Le droit utilisait jadis le juge comme arme privilégiée de la sanction et, de surcroît, lorsque l'Administration était dotée d'un pouvoir répressif, celui-ci, lorsqu'il était fondé sur une autorisation préalable, faisait de la suspension ou du retrait le mode normal de sanction. Ne tombe-t-il pas en effet sous le sens que lorsqu'une condition d'un acte juridique n'est pas respectée, l'Administration doit l'abroger ? Ce n'est plus, en tout cas dans les secteurs étudiés, la voie privilégiée par les théories actuelles.

Conclusion de la Section 2

L'influence de l'analyse économique du droit et des nouvelles théories de la régulation permet d'expliquer l'essor de la fonction contentieuse de l'Administration. Mais cette influence n'est visible qu'au Royaume-Uni et en droit européen. La doctrine anglaise utilise en effet couramment cette méthode et les juristes n'hésitent pas à s'en emparer comme en témoignent les analyses d'Anthony Ogus ou même le rapport Macrory.

L'analyse économique du droit, en étendant les méthodes du calcul rationnel à la criminalité, permet d'analyser le système répressif à travers ce prisme. Aussi, la pénalité n'est-elle plus analysée en termes de protection de l'innocence, de la liberté des individus, mais en terme d'efficacité : « La fonction majeure du droit pénal dans une société capitaliste, explique Richard Posner en 1985, est d'empêcher les individus de contourner le système d'échange volontaire et neutre – le « marché », explicitement ou implicitement – dans les situations dans lesquelles, parce que les coûts de transaction sont faibles, le marché est une méthode plus efficace d'allocations des ressources que l'échange forcé [...]. Lorsque les coûts de transaction sont faibles, le marché est, pratiquement par définition, le moyen le plus efficace d'allocation des ressources. Les tentatives pour éviter le marché seront par conséquent découragées par un système juridique tendant à la promotion de l'efficacité »¹⁴³¹. Malgré les protestations de Posner, qui situe son étude dans le chemin tracé par les Lumières, on est loin de l'exclamation de Beccaria : « Consultons donc le cœur humain pour y trouver l'origine des peines et les véritables fondements du droit de punir »¹⁴³².

¹⁴³¹ V. R. A. Posner, « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, Vol. 85, n° 6 (Oct., 1985), pp. 1193-1231. Traduction de : « The major function of criminal law in a capitalist society is to prevent people from bypassing the system of voluntary, compensated exchange—the “market,” explicit or implicit—in situations where, because transaction costs are low, the market is a more efficient method of allocating resources than forced exchange... When transaction costs are low, the market is, virtually by definition, the most efficient method of allocating resources. Attempts to bypass the market will therefore be discouraged by a legal system bent on promoting efficiency ».

¹⁴³² V. C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*. Traduit de l'italien, d'après la troisième édition revue, corrigée & augmentée par l'auteur, A. Philadelphie, 1766, p. 6, §II.

L'essor de la répression administrative s'explique, dans ce cadre, par une mutation des fondements du droit de punir qui ne cherche plus la liberté, la correspondance avec l'idée d'une nature humaine, mais l'efficacité.

Conclusion du Chapitre 2

La recherche des motifs structurels du mouvement favorable à l'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation nous a permis de mettre en évidence plusieurs niveaux d'explication.

Tout d'abord, cet essor s'explique par les insuffisances du droit commun. Que ce droit commun soit le droit des obligations, le droit des biens ou le droit pénal, il manifeste des limites qui peuvent permettre d'expliquer l'essor de la fonction contentieuse des autorités à l'étude. En outre, le droit des obligations anglais et français s'avère mal adapté pour répondre aux défis des secteurs étudiés. Il en est de même du droit pénal. Le droit de la concurrence est aussi mis à l'épreuve et les expériences internationales montrent qu'il est mal adapté à l'ouverture à la concurrence d'un secteur ou au maintien d'une concurrence loyale.

Ensuite, cette croissance s'explique par les limites des institutions chargées de dire ce droit commun. Le juge, figure centrale de la *jurisdictio*, est visé tout d'abord. Le juge civil, mais aussi pénal, n'est pas adapté au contrôle continu d'un secteur, au dialogue qu'il est nécessaire d'avoir tant avec les différents acteurs du marché qu'avec les instances supranationales. De manière similaire, certaines institutions administratives comme le *tribunal* au Royaume-Uni ou les médiateurs n'ont pas pu fournir de réponse adaptée aux exigences nouvelles de la régulation.

Enfin, des arguments théoriques ont pu être utilisés pour justifier l'essor de la répression administrative, essentiellement et particulièrement au Royaume-Uni et au niveau de l'Union européenne. Ces arguments théoriques (issus de l'analyse économique du droit et des théories issues du courant de la *responsive regulation*) ont eu pour objectif de déplacer le centre de gravité de la pénalité traditionnelle vers une recherche de l'efficacité marchande.

Conclusion du Sous-Titre 1

Deux types de motifs ont donc été mobilisés pour expliquer l'essor de la fonction contentieuse des autorités de régulation. En cheminant de manière chronologique, on a pu suivre le développement tant la fonction de règlement des différends que la fonction répressive des autorités de régulation. Ces fonctions issues du droit interne anglais et français ont trouvé un relais en droit européen qui est désormais la source majeure de cette fonction contentieuse.

L'analyse de ces motifs conjoncturels a permis d'établir comment, dans chaque pays, chaque système juridique aborde traditionnellement la fonction contentieuse de l'Administration. L'étude des pouvoirs répressifs des autorités administratives dans le cadre d'une autorisation préalable (puisque c'est dans ce cadre que se situent les pouvoirs des autorités étudiées) conduit à constater qu'au départ (au début des années 1980) le législateur respecte ce cadre : les régimes mis en place ont pour objectif prioritaire d'amener le titulaire de l'autorisation à en respecter les conditions. On passe ensuite à un droit plus répressif avec l'utilisation de la sanction pécuniaire, mais soumis, toujours à l'édiction préalable d'une mise en demeure. L'analyse, ensuite, de la naissance et du développement du pouvoir de règlement des différends a mis en évidence plusieurs sources de ce pouvoir. Si la première expression

législative de cette fonction se situe en France avec le Médiateur du cinéma, on constate sa généralisation aux secteurs en réseau dans les deux pays (en particulier au Royaume-Uni). La France se singularise à cet égard par son utilisation du règlement des différends dans d'autres domaines : l'audiovisuel, ou la propriété intellectuelle. Contrairement aux présentations qui sont couramment faites de ce pouvoir en France, son extension est plus importante qu'on ne le pense. Les pouvoirs de règlement des différends dans le domaine du cinéma et de la propriété intellectuelle sont largement ignorés.

Les motifs conjoncturels de la fonction contentieuse des autorités de régulation ont donc permis de comprendre les motivations des législateurs, mais aussi de prendre conscience du champ d'application de ces pouvoirs tant au niveau des secteurs étudiés que des pouvoirs mis en œuvre, aujourd'hui de plus en plus diversifiés.

L'analyse des motifs structurels de l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation correspond à une réflexion de fond sur le droit commun des pays étudiés. La conviction que l'on ne peut comprendre vraiment la fonction contentieuse des autorités de régulation que si on la replace dans son contexte juridique, par rapport aux droits qu'elle complète, a conduit à l'étude du droit des obligations, du droit des biens, du droit pénal et du droit de la concurrence, en réfléchissant aux limites de ceux-ci, limites que les mécanismes législatifs permettent de dépasser. La réflexion sur le fond du droit n'aurait pu être complète sans une étude des institutions chargées de le prononcer. Les juridictions, certaines institutions administratives comme le *tribunal* au Royaume-Uni et les médiateurs présentent tous des insuffisances que les autorités de régulation permettent de pallier. Le tableau des motifs structurels n'aurait pas été complet sans un exposé des théories qui ont bien souvent justifié les réformes au niveau européen et au Royaume-Uni : l'analyse économique du droit et le courant de la *responsive regulation*.

La compréhension du phénomène et de ses deux dimensions doit être poursuivie à présent par l'analyse de la manière dont les juges ont réagi, dans les deux pays, face à l'attribution de cette nouvelle fonction.

SOUS-TITRE II — L'ENCADREMENT DIFFERENCIE PAR LES JUGES

Les juges n'ont pas fait de difficultés particulières, aussi bien en France qu'au Royaume-Uni, face à l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation. Pourtant, dans chaque pays, cette fonction contentieuse n'appartient pas à leur tradition juridique. Il est curieux de constater, au Royaume-Uni, la précocité des affirmations juridiques tendant à écarter le Roi, tant du jugement des litiges privés que du prononcé des peines. Le tournant du XVII^e siècle réussit à écarter le Roi des fonctions contentieuses. Or, aujourd'hui, la doctrine et les juges anglais ne semblent pas étonnés de ce regain, même si la décision du Roi à l'époque n'était pas une décision administrative.

L'évolution est différente en France même si au fond le système juridictionnel n'a mis qu'un obstacle relatif à ces développements. Le silence le plus étonnant est celui qui entoure la création du règlement des différends que rien n'est venu ni empêcher ni encadrer au niveau constitutionnel.

On étudiera d'abord la réaction des juges (internes et internationaux) face à l'attribution d'une fonction coercitive aux autorités de régulation, pour analyser ensuite l'attitude de ceux-ci face à la fonction de règlement des différends. On s'interrogera enfin sur le point de savoir si cette fonction ne peut pas avoir un fondement constitutionnel.

*

Chapitre I – Les juges et la fonction coercitive des autorités de régulation

Chapitre II – Les juges et la fonction de règlement des différends des autorités de régulation

Chapitre III – L'existence de bases constitutionnelles de la fonction contentieuse des autorités de régulation

CHAPITRE I — LES JUGES FACE À LA FONCTION COERCITIVE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

En France comme au Royaume-Uni, les juges n'ont pas fait de difficulté face à l'attribution d'un pouvoir coercitif aux autorités sectorielles. On s'aperçoit donc que, juridiquement, il n'y avait pas d'obstacle à l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'Administration. Ainsi, le législateur est libre — en France sous certaines limites — de conférer un pouvoir de sanction aux autorités en question.

De même, les juges internationaux (la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme) n'ont pas élevé d'obstacle au principe de ce pouvoir, préférant souvent en contrôler les modalités d'exercice.

L'analyse de l'attitude des juges internes, anglais et français, face à l'attribution d'une fonction coercitive aux autorités de régulation (Section 1), précédera l'étude de la jurisprudence européenne (Section 2).

*

Section 1 – Les juges internes et la fonction coercitive des autorités de régulation

Section 2 – Les juges européens et la fonction coercitive des autorités de régulation

Section 1 — *Les juges internes et la fonction coercitive des autorités de régulation*

L'analyse de l'attitude des juges face à l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités sectorielles doit passer par l'analyse des deux éléments de la sanction : l'instauration de la peine (§1) et la création d'une infraction (§2).

*

§1 – L'instauration de la peine

§2 – La création de l'infraction

§ 1 — L'instauration de la peine

L'examen de la position anglaise face au pouvoir de sanction de l'Administration et des autorités sectorielles (I) sera poursuivi par l'étude de la jurisprudence française (II).

I — *La position en common law*

Le *common law* affirme nettement et depuis longtemps le rejet de la sanction administrative sans fondement textuel (A). Malgré cela, il aménage des espaces légitimes pour la répression administrative (B).

A — *Le rejet initial du pouvoir de sanction*

Le silence doctrinal qui entoure aujourd'hui les nouveaux pouvoirs répressifs de l'Administration contraste fortement avec la position traditionnelle du *common law* qui s'est illustrée précocement par la manière dont les juges ont retiré au Roi son pouvoir juridictionnel, ainsi que, d'ailleurs, son pouvoir législatif¹⁴³³. La situation initiale de l'Angleterre n'est pas différente de celle de la France : dans ces deux pays, le roi est fontaine de justice (en anglais « *fountain of justice* »)¹⁴³⁴. La *Curia Regis* se trouve être dans les deux pays dépositaire du pouvoir juridictionnel. À l'étude de la genèse et des fondements de la

¹⁴³³ B. Schwartz note ainsi que ce qui frappe d'emblée le *common lawyer* dans le droit français est l'existence d'un pouvoir propre de l'Administration (v. B. Schwartz, *French administrative law and the common-law world*, New York, New York University Press, 1954, p. 89). Cette affirmation n'est toutefois pas exacte car en droit anglais la Couronne dispose d'un pouvoir autonome, la *prerogative*.

¹⁴³⁴ Pour la situation anglaise v. J. F. Stephen, *A history of the criminal law of England*, London, MacMillan, 1883, p. 85 ; pour la France J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne, L'État de justice (France, XIII^e-XX^e siècle)*, tome I, Paris, Gallimard, Coll. Bibl. des histoires, 2009, p. 17.

prohibition initiale (1), succédera l'examen des différentes expressions jurisprudentielles et doctrinales de ce rejet (2).

1 — La genèse de ce rejet : un double fondement

422. Il revient à Coke d'avoir le premier exprimé la position du *common law* face aux pouvoirs du Roi, correspondant à la première tentative pour séparer la fonction contentieuse des autres fonctions royales. Dans la célèbre affaire, *Prohibitions del Roy*, Coke affirma nettement, face aux prétentions de Jacques I^{er} de juger en personne, que : « nous avons répondu, en la présence et avec le consentement éclairé de tous les juges d'Angleterre et des barons de l'échiquier, que le Roi ne peut juger en personne aucune affaire, qu'elle soit criminelle (comme la trahison ou la félonie) ou entre parties (concernant l'héritage, le bétail ou les biens) ; ces affaires doivent être décidées et jugées par une Cour de justice, selon le droit et la coutume de l'Angleterre »¹⁴³⁵. Ici, c'est la fonction même de juger qui est refusée au Roi. Coke poursuit et augmente encore la compétence des tribunaux au détriment de celle du Roi en recourant à plusieurs critères matériels : « les affaires qui concernent la vie, l'héritage, les biens ou la fortune des sujets du Roi ne peuvent être jugées par la raison naturelle, mais par la raison artificielle et le jugement du Droit »¹⁴³⁶. La justification est, on le voit, basée sur la nature du droit, qui doit être administré par des organes et des personnalités spécialisées. Cette affaire permet aussi à Coke de poser un principe qui deviendra un principe cardinal du droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines¹⁴³⁷. Coke encore, dans la célèbre *Proclamations' Case*, affirme en termes très clairs l'étendue des pouvoirs du Roi : « le Roi par le moyen de la proclamation ou par tout autre moyen ne peut changer aucune partie du *common law*, de la loi parlementaire ou des coutumes du royaume ; de même, le Roi ne peut créer aucune infraction pénale »¹⁴³⁸. Pour Paul Craig, cette décision affirme que le Roi ne possède plus de pouvoir juridictionnel autonome¹⁴³⁹.

¹⁴³⁵ V. *Prohibitions Del Roy*, Michaelmas 5 Jac. I, 1607, in 6 Edward Coke, et al., *The Reports of Sir Edward Coke, Knt. In Thirteen Parts* (New ed.) 280 (1826). Traduction de : « it was answered by me, in the presence, and with the clear consent of all the Judges of England, and Barons of the Exchequer, that the King in his own person cannot adjudge any case, either criminall, as Treason, Felony, &c. or betwixt party and party, concerning his Inheritance, Chattels, or Goods, &c. but this ought to be determined and adjudged in some Court of Justice, according to the Law and Custom of England. ».

¹⁴³⁶ V. *Prohibitions Del Roy*, préc., p. 281. Traduction de : « causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of [the king's] Subjects (...) are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it (...) »

¹⁴³⁷ V. *Prohibitions Del Roy*, préc., p. 282. V. « the King cannot change any part of the Common Law, nor create any Offence by his Proclamation, which was not an Offence before, without Parliament. »

¹⁴³⁸ V. *Proclamations' Case* (1611) 12 Co Rep 74 Sir Edward Coke CJ. Traduction de : « Note, the King by his proclamation or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm, (...) also the King cannot create any offence by his prohibition or proclamation, which was not an offence before, for that was to change the law, and to make an offence which was not (...) but he by proclamation cannot make a thing unlawful, which was permitted by the law before: and this was well proved by the ancient and continual forms of indictments; for all indictments conclude contra legem et consuetudinem Angliæ, or contra leges et statuta, etc. But never was seen any indictment to conclude contra regiam proclamationem ».

¹⁴³⁹ V. P. Craig, « Political Constitutionalism and Judicial Review », p. 12 in *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, A. Scully-Hill, M. Ramsden, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 58/2009 : « they were and have subsequently been affirmed as authority respectively for the propositions that the monarch did not have

423. Une autre affaire, le fameux *Bonham's Case* rapportée aussi par Coke, fournit un nouveau fondement à la séparation des fonctions contentieuse et administrative. Il s'agit du principe selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause¹⁴⁴⁰. La réaction contre l'exécutif trouve sa source dans les changements intervenus au XVII^e siècle : le souvenir cuisant de la Chambre étoilée (*Star Chamber*), son utilisation des châtiments corporels et surtout son soutien à la politique économique du Roi. En l'absence du Parlement, le Roi eut recours de plus en plus souvent aux *proclamations* dont la sanction était du ressort de cette cour¹⁴⁴¹. Cette histoire explique que, plus tard, dans les développements où Blackstone analyse le pouvoir de punir, l'éminent auteur ne consacre de développements qu'à l'étude du système juridictionnel¹⁴⁴². Dans la description qu'il donne des pouvoirs du Roi, de la *prerogative*, Blackstone mentionne le pouvoir de poursuivre les auteurs d'infraction, mais pas celui de juger et de punir¹⁴⁴³. De même, l'auteur précise que le conseil privé du Roi (*Privy Council*), s'il a le pouvoir d'enquêter sur certaines infractions, n'a en revanche pas le pouvoir de punir¹⁴⁴⁴. Ces solutions sont cohérentes avec l'affirmation de Cesare Beccaria selon laquelle le droit de punir doit appartenir à un tiers, magistrat, différent de celui qui a établi la peine¹⁴⁴⁵.

Cette évolution aboutit à consacrer le droit pénal comme unique mode de sanction des manquements aux règlements administratifs.

2 — L'expression de ce rejet

Ce rejet s'exprime juridiquement par le monopole du droit pénal (et le rejet des solutions d'*equity*) (a) et l'illégalité des sanctions administratives dépourvues de base législative, ce qui ouvre la possibilité pour les citoyens d'engager la responsabilité de l'Administration sur ce fondement (b).

a — Le monopole du droit pénal dans le domaine de la répression (et le rejet de l'*equity*).

424. Cette évolution du *common law* pour retirer au pouvoir exécutif son pouvoir de sanction explique que, comme en France, « l'action administrative dépend, pour son exécution des sanctions imposées par les tribunaux. Même dans les cas dans lesquels la décision administrative est d'application immédiate, ce n'est pas l'Administration elle-même qui peut pénaliser ceux qui désobéissent. Les sanctions de la désobéissance sont prononcées par les

autonomous judicial power, nor any general regulatory power that could be exercised independently of Parliament ».

¹⁴⁴⁰ V. *Bonham's Case*, in *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, préc., p. 264 et 275. Dans *Bonham's Case*, Coke affirme ainsi le principe *nemo judex in causa sua* : « The Censors, cannot be Judges, Ministers, and parties; Judges, to give sentence or judgment; Ministers to make summons; and Parties, to have the moiety of the forfeiture, *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem.* »

¹⁴⁴¹ V. J. P. Kenyon, *The Stuart Constitution*, 2nd ed., 1986, pp. 104 suiv..

¹⁴⁴² V. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Book 4, « On public Wrongs », spéc. p. 212 suiv..

¹⁴⁴³ V. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, book 1, chap VII, p. 266.

¹⁴⁴⁴ V. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, book 1, p. 275. Le Privy Council conserve le pouvoir d'enquêter sur les affaires qui concernent le gouvernement.

¹⁴⁴⁵ V. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, ENS Éditions, 2009, p. 151.

tribunaux, qui sont ainsi les exécutants ultimes de l'action administrative »¹⁴⁴⁶. Frank J. Goodnow explique cette position par des raisons historiques qui manifestent la spécificité du système anglais par rapport au système français. Si l'on trouve la même règle de droit, l'explication est toutefois différente. Comme nous l'avons noté en introduction, l'Administration locale de l'Angleterre était entre les mains, non des municipalités, mais des juges de paix, lesquels étaient chargés de fonctions tant administrative (comme l'administration financière du comté ou l'édition d'arrêtés ou encore l'attribution d'autorisations) que juridictionnelle (comme juger les auteurs d'infractions ou les litiges entre parties)¹⁴⁴⁷. Frank J. Goodnow explique qu'il y a eu ensuite une séparation de ces fonctions et les juges de paix ont gardé leur fonction juridictionnelle, ce qui expliquerait leur monopole dans la sanction de la non-exécution des décisions administratives¹⁴⁴⁸.

425. L'Administration doit donc agir, pour sanctionner le non-respect de ses règlements, devant les juridictions criminelles¹⁴⁴⁹. A-t-elle des solutions d'*equity* ? Les tribunaux d'*equity* offraient, avant leur fusion avec les tribunaux de *common law*, des sanctions plus diverses, des solutions plus pragmatiques, comme le prononcé d'injonctions ou de déclarations¹⁴⁵⁰. On peut avoir un exemple de la position des juges sur la capacité des autorités locales à intervenir devant les juridictions d'*equity* pour demander le prononcé d'une injonction pour assurer le

¹⁴⁴⁶ V. B. Schwartz, *French administrative law and the common-law world*, préc., p. 103. Traduction de : « (...) administrative action depends for its enforcement on sanctions imposed by the courts. Even in instances in which the administrative decision becomes effective immediately it is not the administration itself that can penalize those who disobey it. Penalties for disobedience are imposed by the courts, which are thus the ultimate enforcers of administrative action ». V. aussi la position de F. J. Goodnow, *Comparative administrative law : an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany*, New York, London, G.P. Putnam's sons, 1897, tome 2, p. 119 suiv., spéc. p. 124.

¹⁴⁴⁷ V. F. J. Goodnow, *Comparative administrative law : an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany*, préc., p. 125.

¹⁴⁴⁸ V. F. J. Goodnow, *Comparative administrative law : an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany*, préc., p. 125. : « since the justice or his successors have in the course of this development largely retained the power of ordering given things to be done by individuals, the administration seldom has the right to proceed to execute its orders without having first made application to a court of some sort for the power to execute the order. »

¹⁴⁴⁹ V. une confirmation in S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens & Sons Ltd, 1973, 3rd ed., p. 20.

¹⁴⁵⁰ L'*equity* est communément présentée comme le système de droit qui a permis d'adoucir la rigueur du *common law*, en permettant d'obtenir des résultats plus équitables justement que cette dernière. Elle permet d'empêcher que quelqu'un ne retire un bénéfice d'une action inadmissible, d'indemniser les victimes de ces mêmes actions, de sanctionner la manipulation des règles du *common law* et de la loi (afin d'empêcher le détournement de loi à des fins de fraude par exemple). Cet exposé pourrait laisser penser que les juges disposent dans ce cadre d'un pouvoir discrétionnaire important, ce qui est vrai, mais a largement disparu. L'*equity* désigne aujourd'hui d'après A. Hudson : cette part du droit qui cherche à éviter une résultat inéquitable, il constitue aussi l'ensemble des principes substantiels dégagés au cours des siècles par les tribunaux d'*equity* (principalement le Court of Chancery) et enfin les règles procédurales afférentes à ces juridictions. Il est intéressant de constater que ces tribunaux sont nés historiquement du droit de pétition que chaque sujet pouvait exercer pour saisir le Roi d'une décision juridictionnelle injuste (des tribunaux de *common law*). Ces tribunaux sont nés du besoin de créer un organe spécialisé pour traiter toutes ces demandes : c'est une des raisons de la création du Lord Chancellor. Les tribunaux d'*equity* ont très rapidement eu préséance sur ceux de *common law* pour les affaires privées (les affaires criminelles étaient traitées par le tribunal d'*equity* qu'était la *Star Chamber*, l'*equity* était donc double). L'Angleterre avait donc bien un système dualiste puisque l'on avait bien deux droits administrés par deux systèmes juridictionnels différents, même si l'un avait autorité sur l'autre. Ce n'est qu'en 1873 (Judicature Act) que le dualisme juridictionnel a pris fin, mais les deux systèmes de droits sont restés distincts. Les remèdes d'*equity* sont spécifiques : ainsi l'injonction est un remède spécifique à l'*equity*. V. l'introduction de l'ouvrage de A. Hudson, *Equity and trusts*, London, New York, Routledge-Cavendish, 6th ed., 2010.

respect de leur règlement dans le domaine de la police de la santé publique. La législation sur la police de la santé publique donne un exemple de la manière dont l'*equity* n'a pas permis aux autorités locales d'agir en tant que représentant de l'intérêt public pour assurer l'exécution de leurs règlements. Privée de pouvoir de sanction, l'Administration est aussi privée de pouvoirs d'action en justice pour obtenir certains remèdes d'*equity* comme une injonction. La position des juges quant à la possibilité pour une autorité locale de demander une injonction pour prévenir la survenance d'une illégalité à leur règlement en matière de santé publique est claire. Au XIX^e siècle le législateur avait conféré aux autorités locales le pouvoir de poursuivre les contrevenants à la loi sur la santé publique de 1875. Les juges se sont opposés à cette possibilité. Les autorités locales se sont vu refuser le droit de saisir la justice directement pour le prononcé d'une injonction, elles devaient saisir d'abord l'*Attorney General* auquel il revenait de décider de poursuivre le contrevenant au nom du public. En d'autres termes, les autorités locales n'avaient pas la capacité de poursuivre en justice au nom du public. Elles ne pouvaient demander en justice une injonction que pour assurer le respect de ses droits privés, c'est-à-dire de propriété par exemple¹⁴⁵¹. Cette position s'explique aussi par le fait que dans les décisions qui affirment cette règle le législateur avait conféré un pouvoir de sanction aux autorités locales. Or, il est constant en *common law* que lorsque le législateur a prévu une sanction spécifique, celle-ci doit s'appliquer et exclut l'application des solutions juridictionnelles générales¹⁴⁵². Cette solution s'explique enfin par le rôle de l'*Attorney General* qui dispose en droit anglais du monopole d'action pour protéger le public. Les municipalités, comme d'ailleurs les individus, ne peuvent saisir les tribunaux pour obtenir une injonction pour la protection du public¹⁴⁵³. Dans le silence de la loi, les tribunaux d'*equity* ne sont ouverts, pour le prononcé d'une injonction empêchant le non-respect d'un règlement, qu'à l'initiative de l'*Attorney General*¹⁴⁵⁴ pour obtenir une injonction.

Le législateur est venu consacrer cette solution. La loi a pendant longtemps repris cette solution puisque le Local Government Act de 1972 prévoit que la voie pour sanctionner le non-respect des règlements des autorités locales est la voie pénale¹⁴⁵⁵.

La sanction sera donc pénale ou ne sera pas. Les juges ont aussi affirmé nettement l'illégalité du pouvoir de sanction des municipalités.

¹⁴⁵¹ V. la décision *Wallasey Local Board v. Gracey* (1887) 36 Ch.D. 593 commenté par Barry Hough, « Local authorities as guardians of the public interest », *Public Law*, Spring 1992, pp. 130-149. V. aussi *Tottenham Urban District Council v. Williams and Sons Ltd.* [1896] 2 Q.B. 353, spéc. p. 354. La compétence exclusive de l'*Attorney General* est encore confirmée au détriment des autorités locales en 1969 : *Warwickshire County Council v. British Railways Board*, [1969] 1 W.L.R. 1117. Le remède recherché, l'injonction, est un remède d'*equity* dont la fonction est de protéger un droit.

¹⁴⁵² V. *Wolverhampton New Waterworks Co. v. Hawkesford* (1859) 28 LJCP 242 ; *Wood v. Ealing L.B.C.* (1967) Ch. 487 ; *Thorne v. B.B.C.* (1967) 1 W.L.R. 1104 cités par S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens & Sons Ltd, 1973, 3rd ed., p. 392-393.

¹⁴⁵³ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens & Sons Ltd, 1973, 3rd ed., p. 402.

¹⁴⁵⁴ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens & Sons Ltd, 1973, 3rd ed., p. 405.

¹⁴⁵⁵ V. article 237 du Local Government Act de 1972. V. S. Bailey, *Cross on principles of local government law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, n°6-11.

b — Le rejet de la sanction administrative

426. La position du *common law* est donc que l'Administration ne dispose pas de pouvoir coercitif propre¹⁴⁵⁶. L'expression la plus claire de la prohibition d'un pouvoir de sanction à l'Administration peut être dégagée d'une décision de 1886, *Re Wiseman, Re Manchester Corporation Cab Committee*¹⁴⁵⁷. La ville de Manchester avait entrepris de mettre en place un organe chargé de sanctionner les chauffeurs de taxi coupables d'infraction à la réglementation. Le dispositif réglementaire mis en place prévoyait pourtant dans ce cas une voie juridictionnelle que la ville avait choisie de contourner par ce biais. Les chauffeurs de taxi étaient traduits devant cet organe et, le cas échéant, condamnés à payer une amende sous la menace de saisir les tribunaux si les chauffeurs en question n'acquittaient pas cette peine. Cette pratique dura trente ans jusqu'à ce qu'un propriétaire de taxi saisisse les tribunaux de la légalité de cette pratique. Les juges considérèrent que la municipalité avait usurpé la compétence des tribunaux, ce qu'elle n'était bien sûr pas en droit de faire¹⁴⁵⁸. De même, plus récemment, dans la décision *Wheeler v Leicester City Council*, la Chambre des Lords jugea qu'une municipalité ne pouvait sanctionner des administrés en s'appuyant sur des dispositions législatives très générales. Elle ne peut le faire qu'avec une autorisation législative expresse¹⁴⁵⁹. La sanction normale des règlements administratifs est donc la voie pénale : les juges pénaux ont ainsi considéré que la désobéissance à un règlement administratif pouvait constituer une infraction pénale passible d'une amende¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁶ V. P. P. Craig, « Administrative Coercive and Enforcement Law in the UK ».

¹⁴⁵⁷ V. *Re Wiseman, Re Manchester Corp'n Cab Committee* (1886) 3 TLR 12, CA.

¹⁴⁵⁸ V. le comm. très bref en note de cette décision in Halsbury's Laws of England, Local Government (vol. 69, 2009, 5th ed., Powers and Duties of Local Authorities, n° 569 « Enforcement of byelaws », note 1).

¹⁴⁵⁹ V. *Wheeler v Leicester City Council*, [1985] 3 W.L.R. 335 : « In my judgment, general powers such as those conferred by the Open Spaces Act 1906 and the Public Health Acts cannot in general be lawfully exercised by discriminating against those who hold particular lawful views or refuse to express certain views. Such general powers are conferred by Parliament for the purpose of administering public property for the benefit of the public at large, irrespective of their views or beliefs. If it were permissible in exercising such powers to take into account the views expressed or held by individuals, Parliament must be taken to have impliedly authorised the doing of an act by the local authority inconsistent with the fundamental freedoms of speech and conscience. In my judgment Parliament is not to be taken to have intended to confer such a right unless it has expressed such intention in the clearest terms. Basic constitutional rights in this country such as freedom of the person and freedom of speech are based not on any express provision conferring such a right but on freedom of an individual to do what he will save to the extent that he is prevented from so doing by the law. Thus, freedom of the person depends on the fact that no one has the right lawfully to arrest the individual save in defined circumstances. The right to freedom of speech depends on the fact that no one has the right to stop the individual expressing his own views, save to the extent that those views are libellous or seditious. These fundamental freedoms therefore are not positive rights but an immunity from interference by others. Accordingly I do not consider that general words in an act of Parliament can be taken as authorising interference with these basic immunities which are the foundation of our freedom. Parliament (being sovereign) can legislate so as to do so; but it cannot be taken to have conferred such a right on others save by express words ».

¹⁴⁶⁰ V. La décision de principe est *R. v. Walker* (1875) L.R. 10 Q.B. 355 : « Where a statute, the matter of which concerns the public in general, delegates power to make orders under it, disobedience to an order made in pursuance of such power is an indictable misdemeanour at *common law* » (v. Archbold Criminal Pleading Evidence & Practice, 2010 Ed., §1-9, « Disobedience to Subordinate Legislation »). Cette règle a été exprimée à de multiples reprises : « Une loi du Parlement a autorisé le Roi en conseil à faire le règlement en question, et puisqu'elle n'a pas assorti la désobéissance à ce règlement d'une sanction spécifique, cette désobéissance est certainement un délit d'après le *common law*, et doit être punie comme tel » (*Rex v. Harris* (1791) 4 Term Rep. 202, traduit par M. Lefébure, Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, L.G.D.J., Coll. Bibli. de droit public, tome 35, 1961, p. 159.

427. *A fortiori*, le *common law* s'oppose, en principe et en l'absence d'autorisation législative, à l'attribution d'un pouvoir de sanction privative de liberté à l'Administration¹⁴⁶¹. La règle qui attribue la protection de la liberté individuelle aux tribunaux est protégée scrupuleusement, selon les termes très nets d'Albert Venn Dicey : « la liberté personnelle est protégée en Angleterre par le strict respect du principe selon lequel nul ne peut être arrêté ou emprisonné que d'après la loi, c'est-à-dire (en utilisant toujours des termes très généraux) d'après un mandat ou une autorisation légale — et, ce qui est plus important, cette liberté est assurée par l'existence de moyens de droit destinés à en sanctionner le respect. Ces méthodes sont doubles : à savoir, la réparation d'une arrestation ou d'un emprisonnement illégal par l'exercice de poursuites ou l'action, et la remise en liberté pour remédier un emprisonnement illégal par le moyen de l'ordonnance d'Habeas Corpus »¹⁴⁶². L'ordonnance d'Habeas Corpus permet ainsi aux juges de vérifier la légalité de la détention d'un citoyen¹⁴⁶³. Face aux pouvoirs importants dont bénéficie l'Administration aujourd'hui, l'ordonnance d'Habeas Corpus permet de vérifier la légalité d'une détention ; en cas de succès, cette ordonnance emporte l'annulation de l'acte administratif¹⁴⁶⁴. Il a donc été jugé que la désobéissance à un règlement local (*bye-law*) ne pouvait être punie d'une peine d'emprisonnement ou par la saisie des biens du contrevenant¹⁴⁶⁵. Cette prohibition a reçu une illustration récente dans la décision de la Cour d'appel *AN v Secretary of State for the Home Department*. Il s'agissait de savoir quelles conséquences juridiques il fallait attacher à l'illégalité d'une décision d'emprisonnement prise par Secrétaire d'État dans le cadre de la législation sur le terrorisme. La Chambre des Lords avait reconnu l'illégalité de cette décision et le Secrétaire d'État avait en conséquence abrogé la décision. La Cour d'appel juge qu'il fallait au contraire la retirer, car l'acte était entaché d'illégalité dès son émission. Lord Justice Maurice Kay affirme à la fin de son jugement en citant Lord Atkin¹⁴⁶⁶ « qu'aucun membre de l'exécutif ne peut porter atteinte à la liberté ou la propriété d'un sujet britannique, excepté à la condition qu'il puisse défendre la légalité de son action devant une Cour de justice »¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶¹ V. la décision *Prohibitions Del Roy*, préc., p. 281-282.

¹⁴⁶² V. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, préc., p. 199. Traduction de : « personal freedom in this sense of the term is secured in England by the strict maintenance of the principle that no man can be arrested or imprisoned except in due course of law, i.e. (speaking again in very general terms indeed) under some legal warrant or authority, — and, what is of far more consequence, it is secured by the provision of adequate legal means for the enforcement of this principle. These methods are twofold; — namely, redress for unlawful arrest or imprisonment by means of a prosecution or an action, and deliverance from unlawful imprisonment by means of the writ of habeas corpus. »

¹⁴⁶³ V. *Halsbury's Laws of England, Administrative Law*, §207. Le writ d'Habeas Corpus est d'origine jurisprudentielle. La loi, le Habeas Corpus Act de 1679, n'a fait que consacrer une pratique antérieure. V. Paul D. Halliday, *Habeas Corpus: From England to Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 2010. V. aussi les analyses de Blackstone, *Blackstone's Commentaries on the Laws of England, Book the First - Chapter the First : Of the Absolute Rights of Individuals*, spéc. « the rights of persons. Pour Blackstone, le Habeas Corpus Act est « that secund magna carta, and stable bulwark of our liberties ».

¹⁴⁶⁴ V. W. Wade, C. Forsyth, *Administrative law*, pp. 501 suiv..

¹⁴⁶⁵ V. J. Chitty, *A Treatise on the laws of commerce and manufactures and the contracts relating thereto: with an Appendix of theaties, statutes and precedents, Volumes 1-2*, Butterworth, 1824, p. 224.

¹⁴⁶⁶ V. *R v Governor of Brockhill Prison, ex parte Evans (No.2)* [2001] 2 AC 19, p. 28H-29A.

¹⁴⁶⁷ V. *AN v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ 869 (28 July 2010), §33. V. « “*In Eshugbayi Eleko v Officer Administering the Government of Nigeria* (...), a habeas corpus case, Lord Atkin observed, (...), that ‘no member of the executive can interfere with the liberty or property of a British subject except on the condition that he can support the legality of his action before a court of justice’. Recently, with the approval of the other members of the House, I cited Lord Atkin’s observations in the *Eleko* case (...). It represents the traditional *common law* view ”

428. Le droit de la responsabilité fournit aussi des solutions efficaces contre l'abus de pouvoir de l'Administration. Au Royaume-Uni, le droit de la responsabilité a constitué, dès le XVI^e siècle, la première manière de contester la légalité de l'action administrative¹⁴⁶⁸ ; il a ainsi permis de délimiter clairement les frontières de l'action administrative lorsque celle-ci enfreint un droit, ce qui est le cas en matière répressive. Ces frontières ont été posées dès le XVIII^e par l'arrêt *Entick v Carrington*¹⁴⁶⁹ : toute action de l'Administration qui enfreint un droit ou une liberté doit avoir une base légale soit dans la loi soit dans la jurisprudence, à défaut de quoi, les auteurs peuvent être traduits devant les tribunaux par une action en *trespass*. L'exécution d'un acte illégal ouvre donc une action en responsabilité¹⁴⁷⁰. En *common law*, le droit de la responsabilité — où le jury jouait un rôle éminent¹⁴⁷¹ — est un des piliers de l'État de droit¹⁴⁷², ce qui permet de comprendre la position de Dicey selon laquelle l'État et les individus doivent être soumis au même droit¹⁴⁷³. Néanmoins, cette position a une conséquence *a contrario* puisqu'il a été jugé qu'une intervention de l'Administration qui n'enfreint pas un droit peut du coup être légale. La décision en question, *Malone v Commissioner of Police of the Metropolis*¹⁴⁷⁴ juge en effet très clairement que l'enregistrement des conversations téléphoniques par le Post Office (qui était à l'époque l'équivalent du Ministère des Postes et Télécommunications en France) était légal, car il n'enfreignait aucun droit reconnu, ni le droit de propriété — car les juges n'ont pas reconnu un tel droit sur les conversations en question — ni le droit à la vie privée — qui n'existe pas en droit anglais. Aussi certains auteurs en ont-ils conclu qu'il y avait une troisième source de légalité à l'action administrative en Angleterre : la loi, la *prerogative* et enfin l'action administrative qui n'enfreint aucun droit¹⁴⁷⁵. C'est aussi le droit de la responsabilité qui

¹⁴⁶⁸ V. N. Doe, J. Young, « Law and Administration in England from the Middle Ages to the 17th Century », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18^e/19^e s.) », n°8, spéc. p. 13.

¹⁴⁶⁹ V. *Entick v. Carrington* (1765) 19 St. Tr. 1030. Il s'agit de l'action en responsabilité du radical John Wilkes (éditeur du journal satirique *The North Briton*) contre des officiers qui avaient saisi certaines publications à son domicile sous l'autorité d'un mandat délivré par le Secrétaire d'État et à son instigation.

¹⁴⁷⁰ V. pour une illustration récente : *AN v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ 869 (28 July 2010). V. aussi *WL (Congo) & KM (Jamaica)* [2011] UKSC 12 : ce jugement de la Cour suprême montre toute l'actualité du droit de la responsabilité pour indemniser les victimes de détentions illégales.

¹⁴⁷¹ V. pour une démonstration du rôle du jury dans cette décision R. J. Pole, « "A Quest of Thoughts": Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury », p. 145, in J. W. Cairns, G. Mcleod, *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Hart Pub., 2002.

¹⁴⁷² V. ce jugement de P. Cane : « But ever since the famous case of *Entick v. Carrington* (1765) 19 St Tr 1030 the law of tort has played an important role in protecting citizens against unlawful interference with person and property by public officials » (P. Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford, Hart, 2002, p. 260).

¹⁴⁷³ V. « In England the idea of legal equality, or of the universal subjection of all classes, to one law administered by the ordinary Courts, has been pushed to its utmost limit. With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen. The Reports abound with cases in which officials have been brought before the Courts, and made, in their personal capacity, liable to punishment, or to the payment of damages, for acts done in their official character but in excess of their lawful authority. A colonial governor, a secretary of state, a military officer, and all subordinates, though carrying out the commands of their official superiors, are as responsible for any act which the law does not authorise as is any private and unofficial person. » (A. V. Dicey, *Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution*, préc., p. 185)

¹⁴⁷⁴ V. *Malone v Commissioner of Police of the Metropolis*, Chancery Division (No.2) [1979] Ch. 344.

¹⁴⁷⁵ V. B.V. Harris, « The "third source" of authority for government action », *Law Quarterly Review*, 1992, pp. 626 suiv..

permettra le cas échéant de sanctionner une éventuelle sanction administrative privative de liberté ou encore une sanction de confiscation de biens¹⁴⁷⁶.

429. La réflexion sur le pouvoir de sanction en Angleterre est donc compliquée par l'interférence de la légalité et de la responsabilité, car c'est au départ le droit de la responsabilité et non pas le *judicial review* — qui ne se développe qu'au XIX^e siècle, même si l'on trouve des exemples d'ordonnances de *certiorari* dès le XVII^e¹⁴⁷⁷ — qui dessine les frontières de l'action administrative. Cette prohibition est en outre renforcée par les solutions très efficaces qu'offrent les régimes spéciaux de responsabilité publique qui visent spécifiquement l'hypothèse des actions coercitives de l'Administration. Ainsi, l'action en « *misfeasance in public office* » prévoit la possibilité d'attribuer des dommages et intérêts punitifs exemplaires dans l'hypothèse d'une action oppressive, arbitraire ou inconstitutionnelle d'un fonctionnaire. La fonction de cette action est, affirment les juges, de renforcer l'État de droit¹⁴⁷⁸. Il faut d'ailleurs préciser que cette responsabilité est personnelle et qu'elle peut toucher aussi bien un fonctionnaire qu'un ministre¹⁴⁷⁹. Ainsi, le fait pour un membre de la police de mener une arrestation, une agression et une détention illégales a été jugé comme rentrant dans cette catégorie¹⁴⁸⁰. De même, le fait de mener une perquisition chez un particulier en vertu d'un mandat illégal donne lieu à compensation¹⁴⁸¹. Le droit de la responsabilité se fait ici gardien de la liberté individuelle contre les empiétements de l'Administration.

Malgré ce constat, le *common law* aménage des espaces légitimes de répression.

B — Les domaines légitimes de répression

430. Malgré ce constat — l'interdiction d'un pouvoir de sanction en dehors d'une délégation législative —, le *common law* reconnaît et aménage un régime spécial dans le cadre du droit disciplinaire. Le *common law* autorise ainsi l'exercice d'un pouvoir disciplinaire dans le cadre de situations que le juge qualifie de contractuelles : ici, l'existence d'un contrat implique que les membres de l'association ont accepté de se soumettre volontairement à la discipline de l'institution¹⁴⁸². Le raisonnement des juges est donc d'inférer d'une relation contractuelle, un consentement implicite de se soumettre à la discipline de l'organe. En dehors du cas

¹⁴⁷⁶ J. Chitty, *A Treatise on the laws of commerce and manufactures and the contracts relating thereto: with an Appendix of theaties, statutes and precedents*, Volumes 1-2, Butterworth, 1824, p. 224.

¹⁴⁷⁷ V. A. Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality*, préc., pp 82 suiv..

¹⁴⁷⁸ V. *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] UKHL 29; [2002] 2 A.C. 122, §79.

¹⁴⁷⁹ V. par ex. ce cas canadien : *Roncarelli v Duplessis*. Un ministre avait ordonné le retrait d'une autorisation de vente d'alcool en raison de l'appartenance du titulaire à l'église des Témoins de Jéhovah, contre lesquels ce ministre avait engagé une campagne. Dans ce cas les juges ont appliqué le chef de « targeted malice », hypothèse d'application de *misfeasance in public office*. De nombreux cas concernent justement des procédures répressives engagées pour des motifs politiques. Il s'agit en général de cas de ce que l'on pourrait appeler de détournement de pouvoir, c'est-à-dire d'utilisation de pouvoirs légaux dans un autre but que celui prévu par la législation, mais avec en plus une intention de nuire à quelqu'un. V. Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., Chapter 14 - Public Service Liability, Section 4, *Misfeasance in Public Office*, spéc. n°14-57 « Targeted Malice ».

¹⁴⁸⁰ V. *Attorney General of Trinidad and Tobago v Ramanoop* [2005] UKPC 15.

¹⁴⁸¹ V. *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1; *Huckle v Money* (1763) 2 Wils. K.B. 205; *Benson v Frederick* (1766) 3 Bur. 1845.

¹⁴⁸² V. *Law v National Greyhound Racing Club Ltd* [1983] 3 All ER 300 ; *Modahl v British Athletics Association* [2001] EWCA Civ. 1447. V. B. Harris, *Disciplinary and Regulatory Proceedings*, Jordan Publishing Limited, Fourth Ed., pp. 3 suiv., spéc. n°1.04.

particulier du barreau dont le pouvoir disciplinaire est basé sur le *common law*¹⁴⁸³, il faut mentionner la jurisprudence *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin*¹⁴⁸⁴ qui semble poser un nouveau fondement au pouvoir disciplinaire des organismes professionnels. Cette affaire est née avec le recours exercé par la société Datafin contre une décision du Panel on Take-overs and Mergers, décision prise sur le fondement de code de la City sur les fusions acquisitions. Les requérants contestaient la décision du comité de rejeter leur plainte contre certains membres qui auraient acquis une société en agissant de concert, pratique prohibée par les règles du code. Ce code est un code déontologique, et le Comité n'a aucune base légale. Ce code contient des sanctions contre les contrevenants qui consistent dans l'expulsion du marché financier. Comme le remarquent les juges, ce Comité n'a pas d'existence juridique visible, ni dans la loi ni dans le contrat ; c'est pourquoi Lord Justice Nicholls remarque que son pouvoir lui vient seulement du consentement de ses membres¹⁴⁸⁵. Il procède donc d'un système d'autorégulation¹⁴⁸⁶. Or, les juges acceptent ce pouvoir, tout en le soumettant à la procédure de *judicial review*. Dans cette décision, le principe de ce pouvoir de sanction n'est pas discuté, il est accepté implicitement. Il est donc possible de conclure qu'en *common law* un pouvoir de sanction administrative — puisque l'instance en question est passible d'un recours en *judicial review* — peut être fondé sur l'existence d'une institution.

La source du pouvoir de sanction au Royaume-Uni est donc la loi, mais aussi le cadre disciplinaire et, enfin, la jurisprudence qui a pendant longtemps, été la seule source du pouvoir de sanctionner¹⁴⁸⁷, ce que la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs accepté¹⁴⁸⁸.

431. Par souci d'exactitude historique, il faut préciser pour terminer ces développements que malgré cette prohibition traditionnelle, le Royaume-Uni a connu, comme la France, des régimes de sanctions administratives bien avant l'essor récent. L'exemple le plus célèbre est celui du régime institué pour faire respecter les lois sur les usines¹⁴⁸⁹ de 1833. Ce régime est célèbre à un double titre. Il marque d'abord le début de la centralisation administrative¹⁴⁹⁰ que le pays va connaître au XIX^e puisque c'est le pouvoir central qui prend la responsabilité de sanctionner la méconnaissance de la loi, afin d'enlever cette responsabilité aux juges locaux, trop proches des entrepreneurs et responsables en conséquence de l'échec des précédentes législations. Ensuite, il est illustre, car il confie des compétences répressives importantes aux

¹⁴⁸³ V. *Attorney General of the Gambia v N'Jie* [1961] 2 All E.R. 504.

¹⁴⁸⁴ *Regina v Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin Plc. and Another* [1987] 2 W.L.R. 699. V. les comm. C.F. Forsyth, « The scope of judicial review: "public duty" not "source of power" », *Public Law*, 1987, pp. 356 suiv. ; Robert Falkner, « Judicial review of the Take-over Panel and self-regulatory organisations », *Journal of International Banking Law*, 1987, pp. 103 suiv. ; Tom Lowe, « Public law and self-regulation », *Company Lawyer*, 1987, pp. 115 suiv..

¹⁴⁸⁵ V. p. 850 du jugement.

¹⁴⁸⁶ Ce jugement est à cet égard très intéressant sur les nombreux éléments de définition de cette technique. V. aussi Peter Cane, « Self regulation and *judicial review* », *Civil Justice Quarterly*, 1987, pp. 324 suiv..

¹⁴⁸⁷ V. Peter Westen, « Two rules of legality in criminal law », *Law & Philosophy*, 2007, 26(3), pp. 229-305, spéc. pp. 286-287.

¹⁴⁸⁸ La Cour européenne a adopté une conception large du principe de légalité des délits et des peines pour concilier les traditions juridiques différentes de ses États membres et notamment la tradition « continentale » et celle de *common law*. Aussi la loi au sens de la Convention désigne-t-elle « l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire, ou jurisprudentiel » (F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 4e éd., 2007, spéc. p. 52).

¹⁴⁸⁹ V. *Factories Act 1833* (3 & 4 Will. IV, chap. 103).

¹⁴⁹⁰ V. M.W. Thomas, « The Origins of Administrative Centralisation », (1950) 3 *Current Legal Problems* 214.

inspecteurs chargés d'assurer le respect de la loi¹⁴⁹¹. Mais ce pouvoir fut ensuite aboli tant il semblait exorbitant. Aussi, cet exemple permet d'illustrer tant l'existence historique d'un pouvoir de sanction administrative au Royaume-Uni, que son rejet.

432. Un autre exemple, plus proche de notre domaine, manifeste le rejet de la fonction contentieuse de l'Administration au XIX^e siècle : il s'agit de la Railway Commission qui exerçait un pouvoir d'autorisation préalable pour toute ouverture d'une ligne. Dans cet exercice, elle ne manquait pas d'attacher des conditions à ses décisions et d'en assurer le respect, par le retrait de l'autorisation, le cas échéant¹⁴⁹², ce qui pousse H. W. Arthurs à conclure que « par conséquent la forme la plus caractéristique et la plus efficace de coercition administrative, n'était pas le pouvoir de punir, mais celui de donner ou de retirer » une autorisation¹⁴⁹³. C'est d'ailleurs ce qui explique en partie son abolition. Cette fonction, d'abord transférée à l'Administration ordinaire fut ensuite conférée à une juridiction classique en raison de l'idée que le pouvoir de décider des droits des individus doit revenir à cette branche de l'État¹⁴⁹⁴.

433. De surcroît, comme en France, le Royaume-Uni a utilisé des sanctions administratives privatives de liberté comme l'internement administratif, pendant la Deuxième Guerre mondiale afin de circonvenir les réfugiés allemands soupçonnés de fidélité à l'ennemi¹⁴⁹⁵, ou dans le cadre de ses colonies¹⁴⁹⁶. Aujourd'hui encore, le gouvernement anglais peut utiliser les pouvoirs qu'il tient de la *prerogative* pour, par exemple, déporter des populations¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹¹ V. H. Arthurs, "Without the law": administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1986, p. 105.

¹⁴⁹² V. H. Arthurs, "Without the law": administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England, préc., p. 120 suiv..

¹⁴⁹³ V. H. Arthurs, "Without the law": administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England, préc., p. 125.

¹⁴⁹⁴ V. H. Arthurs, "Without the law": administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England, préc., p. 126. V. aussi P. Craig, Administrative Law, 6th ed., préc., pp. 351-352.

¹⁴⁹⁵ V. l'étude de A. Grynberg, « 1939-1940 : l'internement en temps de guerre - Les politiques de la France et de la Grande-Bretagne », Vingtième Siècle. Revue d'histoire, 1997, vol. 54, n° 54, pp. 24-33. Cet auteur cite le Emergency Powers Defense Act de 1939.

¹⁴⁹⁶ Les pouvoirs du gouvernement envers les colonies sont encore plus dérogatoires car il est de jurisprudence constante que le gouvernement peut utiliser les pouvoirs qu'il tient de la *prerogative* (c'est-à-dire sans habilitation législative) pour légiférer dans les colonies. V. Campbell v Hall (1774) 1 Cowp. 204. V. T. Poole, « United Kingdom: The royal prerogative », International Journal of Constitutional Law, 2010 8(1), pp. 146-155.

¹⁴⁹⁷ V. à cet égard la décision R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs or Bancoult (No. 2), (2008) UKHL 61. Il s'agissait de la décision du gouvernement des années 1960, le British Indian Ocean Territory Order de 1965, de déporter les habitants de l'archipel des Chagos pour faire de l'île une base militaire américaine. Ce décret de 1965 donna à un Commissaire le pouvoir « d'adopter des règlements pour assurer le respect de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement du territoire » (« make laws for the peace, order and good government of the territory »). En première instance, la High Court décida que le pouvoir du Commissaire de réglementer ces territoires pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement de ces espaces ne comprenait pas le pouvoir de déporter des populations. Justice Laws affirma à ce propos que ces populations doivent être « gouvernées et non déportées » (v. R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs (2001) Q.B. 1067, et le comm. de S. Palmer, « They Made a Dessert and Called it Peace: Banishment and the Royal Prerogative », 2001, Cambridge Law Journal, p. 234). Suite à cette décision le gouvernement décida de ne pas faire de recours et ordonna la constitution d'une commission pour étudier la possibilité d'autoriser les habitants à retourner chez eux. Cette étude conclut que le retour, tout en étant possible grâce à une aide financière du Royaume-Uni, serait à terme inutile en raison des menaces que le changement climatique fait peser sur ces îles. À la suite de ces conclusions, le gouvernement refusa le retour des habitants. Les États-Unis firent aussi savoir que ce retour pourrait compromettre la sécurité de leur base militaire sur Diego Garcia. Le gouvernement prit donc deux décisions rétablissant le contrôle de l'immigration dans ces îles

Alors que les juges anglais ont sévèrement combattu l'utilisation de ce pouvoir pour restreindre les droits et libertés des Anglais, la *prerogative* peut être employée pour limiter les libertés dans le domaine des relations internationales du pays.

Quelle est la position française ? Peu différente sur le fond jusqu'à l'intervention du contrôle de constitutionnalité, le juge administratif soumettait (en dehors des hypothèses de décisions portant sur l'autorisation) le prononcé d'une sanction qu'à l'existence d'une autorisation législative.

II — *La position des juges en France*

Après avoir posé clairement les bases de la comparaison en essayant de dissiper certaines incompréhensions (A), il faudra tenter de cerner plus précisément le domaine de la répression administrative en droit administratif et constitutionnel français (B).

A — *Comparaison et clarification*

434. Il est curieux de constater l'incompréhension que les juristes de *common law* ont des pouvoirs de sanction de l'Administration en France, laquelle est assimilée à la situation allemande, pourtant très différente. Frank J. Goodnow comme B. Schwartz¹⁴⁹⁸ par exemple comprennent l'existence d'un pouvoir d'exécution forcée de l'Administration en France comme une règle générale et B. Schwartz interprète le principe de l'application immédiate des décisions administratives comme autorisant un pouvoir de sanction, si bien que ces deux auteurs opposent les systèmes de *common law* et les systèmes continentaux : les premiers utiliseraient traditionnellement le juge comme mode d'exécution des règlements administratifs tandis que les seconds autoriseraient l'Administration à sanctionner elle-même l'inobservation de ses actes.

435. Cette présentation n'est pas exacte. Elle confond le problème du pouvoir de sanction et celui de l'exécution forcée qui sont deux hypothèses différentes soumises à des régimes différents : l'Administration ne dispose pas de pouvoir de sanction sans texte — en dehors des hypothèses du retrait ou de la suspension d'une autorisation — en raison du principe de légalité des délits et des peines¹⁴⁹⁹ alors que l'Administration n'a le droit de recourir à

(Constitution Order de June 2004 et le Immigration Order). C'est la légalité de ces deux décisions qui est mise en cause dans le jugement Bancoult n°2. La Chambre des Lords en accepta la légalité. Les termes « peace, order and good government » confèrent pour les juges une compétence législative pleine (« to confer plenary law-making authority »). Le second motif des juges fut le caractère éminemment politique de ces décisions, qui explique le refus des juges d'interférer dans ce processus (Lord Rodgers n'hésitant pas à affirmer que ces questions sont des questions politiques et non juridiques). Lord Carswell, tout en affirmant le caractère déplaisant de ces mesures, justifia son point de vue en affirmant une règle de retenue face à ce qui est essentiellement une question politique.

¹⁴⁹⁸ V. F. J. Goodnow, *Comparative administrative law : an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany*, préc., Book II, spec. p. 127 ; B. Schwartz, *French administrative law and the common-law world*, préc., p. 104. B. Schwartz tempère toutefois sa position ensuite (v. p. 105). Cette analyse est reprise in N. N. Ghosh, *Comparative administrative law, with special reference to the organization and legal position of the administrative authorities in British India*, Calcutta, Butterworth & co., 1919, p. 590.

¹⁴⁹⁹ Le principe de légalité des peines est entendu strictement par le Conseil d'État, surtout depuis l'intervention de la Constitution de 1958 dont l'article 34 confère compétence exclusive au législateur pour la détermination

l'exécution forcée de ses règlements que dans certaines hypothèses, « lorsqu'il n'y a pas de sanction pénale, de sanction civile, ou même de sanction administrative, et même dans ce cas, elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la réalisation immédiate de la loi ou de l'acte administratif »¹⁵⁰⁰.

436. Il faut toutefois reconnaître que la confusion des auteurs anglais sur ce problème est légitime, car elle est faite aussi en France¹⁵⁰¹ : comme l'expliquent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit « bien que l'on parle souvent du privilège de l'exécution d'office de l'acte administratif, la règle inverse prévaut. L'administration française *n'a pas le droit d'exécuter directement par la force* ses décisions »¹⁵⁰². Ce malentendu résulte de la confusion entre deux principes antinomiques : le principe d'action d'office et le principe de non-coercition. Le principe d'action d'office exclut le recours au juge, le principe de non-coercition l'exige¹⁵⁰³.

des crimes et des délits. Le Conseil d'État exige « que le texte définissant l'infraction et déterminant les sanctions soit organiquement législatif (...) et que, s'il est réglementaire, il résulte d'une habilitation expresse du législateur » (v. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 248). M. Lefondré et l'arrêt Benkerrou aux conclusions de M. Guyomar montre qu'il n'en est pas de même pour les retraits ou suspensions d'autorisation (v. M. Lefondré, Recherche sur les sanctions administratives et leur nature juridique, préc., p. 445 suiv. : « Or, on constate que, dans de nombreux cas, le Conseil d'État ne fait pas cette nécessaire distinction, ce qui le conduit à admettre, dans les faits, que l'Administration puisse prononcer la sanction du retrait même en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires. On peut se référer par exemple à l'arrêt « Association des chaumières des Pastourelles », p. 447). A. Demichel avance que le principe de légalité n'existerait pas en matière de sanction administrative, mais sa justification est différente, elle tient à la rédaction des textes dans la précision des infractions sanctionnables : « Et cela pour la raison très simple que le législateur n'énumère généralement par les faits qui peuvent motiver les sanctions qu'il prévoit. Et lorsque cette énumération existe, elle est généralement fort imprécise » (v. A. Demichel, Le contrôle de l'État sur les organismes privés : essai d'une théorie générale, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 29, 1960, p. 295). V. aussi P. Ligneau, « Un instrument de contrôle des professions : les licences délivrées par l'administration (fin) », Droit Social, avril 1966, n°4, pp. 193-201, spéc p. 196 ; *Contra* M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, Punir sans juger, préc., section 2, §1. V. aussi les arrêts : Conseil d'État, Ass., 30 mars 1962, Bertaux, n° 27449 et 27450, Recueil Lebon p. 237 ; Conseil d'État, 1^{er} juin 1953, Beloeuvre, n° 17543, Recueil Lebon p. 255. V. enfin J. Robert, Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration : le problème des responsabilités, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 1, 1956, pp. 57-58.

¹⁵⁰⁰ V. M. Lefébure, Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 35, 1961, p. 157.

¹⁵⁰¹ V. l'explication in R. Chinot, Le privilège d'exécution d'office de l'Administration, Thèse, Paris, 1945, p. 21 suiv ; R.-G. Schwartzberg, L'Autorité de chose décidée, pp. 88-89 qui cite l'explication du Doyen Vedel : « M. Vedel écrit encore ceci, qui peut contribuer à éclaircir, au-delà des quiproquos terminologiques la pensée réelle d'Hauriou : "Le terme de "décision exécutoire" ne signifie pas que l'Administration pourra, dans tous les cas, recourir directement à la force pour exécuter la décision, il signifie simplement que la décision par elle-même est modificatrice de l'ordonnement juridique, car l'essentiel de l'exécution d'une décision, c'est la modification qu'elle apporte à l'ordonnement juridique" » (il cite : G. Vedel, Cours de droit administratif, licence, 2^e année, 1966-1967, p. 360).

¹⁵⁰² V. P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2006, 4^e éd., p. 320, n°542. Les mots en italique sont des auteurs du Précis. V. aussi C. Sirat, « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », JCP, 1958, I, n° 1440. Pour C. Sirat « une observation attentive révèle que, dans la plupart des cas, l'Administration ne possède guère une situation supérieure à celle du particulier pour assurer la réalisation de ses décisions, et que tout comme lui, elle doit s'adresser préalablement au juge pour faire constater son droit et le rendre exécutoire ». V. aussi J. Barthélemy, Précis de droit public, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, pp. 306-307, n°416.

¹⁵⁰³ V. P. Goyard, « L'antinomie du principe d'action d'office et du principe de non-coercition », Archives de philosophie du droit, 19, vol. XIX (1974), pp. 373-404. Cette antinomie résulte pour P. Goyard de l'opposition en droit entre un principe d'efficacité qui impose l'application des règles et un principe de fécondité qui s'explique par le fait que les règles de droit font naître des droits individuels : « si le principe de non-coercition vient contrarier le principe d'action d'office, c'est à cause de cette genèse du droit individuel à partir de la règle

Le système français se rapproche davantage du système anglais même si la France accepte des hypothèses de recours à l'exécution forcée¹⁵⁰⁴. Néanmoins, il faut préciser que le système anglais ne reconnaît, apparemment, aucun pouvoir d'exécution forcée à l'Administration, en dehors d'une habilitation législative¹⁵⁰⁵ : « En Angleterre, par contre, affirme Marcus Lefébure, l'administration ne peut jamais assurer elle-même l'exécution des commandements ou des interdictions qu'elle a adressés à l'individu en dehors des cas prévus par la loi. Autrement dit, des deux solutions possibles qu'esquissait Romieu au problème de l'obéissance aux actes de puissance publique quand il n'y a pas de sanctions pénales, l'Angleterre a choisi celle qu'il explique de la manière suivante : « L'exécution sera judiciaire ou ne sera pas ». Il s'ensuit, qu'en Angleterre, l'exécution forcée n'existe strictement pas, et qu'un chapitre consacré à elle s'occupera des procédures judiciaires qui en tiennent lieu »¹⁵⁰⁶. La règle qu'expose Marcus Lefébure est exacte. Néanmoins, le *common law* reconnaît des pouvoirs à l'Administration en cas d'urgence¹⁵⁰⁷. Au Royaume-Uni comme en France « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »¹⁵⁰⁸. La position du *common law* radicalise donc la position française.

de droit, de cette apparition de situations subjectives devenues en partie opposables à la puissance étatique » (art. préc., p. 396).

¹⁵⁰⁴ L'urgence et l'absence d'autres sanctions peuvent permettre de justifier le recours à l'exécution forcée. V. les fameuses conclusions Romieu sous Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Société immobilière de Saint-Just, Recueil Lebon p. 713. V. aussi les conclusions Josse sous l'arrêt Conseil d'État, 23 janvier 1925, Anduran, Dalloz 1925.III.43. V. l'absence de pouvoir d'exécution forcée du Conseil des bourses de valeur dans l'arrêt Le Cun ; celui-ci doit donc saisir le juge des référés du tribunal administratif (Conseil d'État, 1 mars 1991, Le Cun, n° 118382, concl. Saint-Pulgent, RFDA 1991 p. 612).

¹⁵⁰⁵ V. Ex parte Whitchurch (1880-81) L.R. 6 Q.B.D. 545 ;

¹⁵⁰⁶ V. M. Lefébure, Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, préc., p. 157.

¹⁵⁰⁷ La position du *common law* en droit privé est d'autoriser certaines infractions, comme par exemple celle de trespass, en cas d'urgence : « The security of lives and property may sometimes require so speedy a remedy as not to allow time to call on the person on whose property the mischief has arisen, to remedy it. In such cases an individual would be justified in abating a nuisance from omission without notice. In all other cases of such nuisances, persons should not take the law into their own hands, but follow the advice of Lord Hale, and appeal to a Court of Justice. » (The Earl of Lonsdale v Nelson and Others (1823) 107 E.R. 396, p. 401). V. aussi « A party has no right to enter upon the land of another in order to abate a nuisance of filth, without previous notice or request to the owner of the land to remove it, unless it appears that the latter was the original wrong-doer, by placing it there, or that it arises from a default in the performance of some duty or obligation cast upon him by law, or that the nuisance is immediately dangerous to life or health » (Jones v Williams, 152 E.R. 764). Dans le contexte du droit public cette fois la théorie de l'urgence s'applique aussi. Il en a été jugé ainsi dans des affaires de santé publique à propos de la destruction de viande avariée qui justifie l'économie de certaines procédures en raison de l'urgence (en l'occurrence une assignation devant les juges et un droit de présenter ses observations) : « The legislature generally cannot be considered to have intended that a man's property may be destroyed without giving him an opportunity of being heard, but here the paramount object would appear to be the speedy destruction of a noisome and unwholesome thing » (White, Redfern (1879-80) L.R. 5 Q.B.D. 15, p. 18). V. aussi The Queen v Davey and Others [1899] 2 Q.B. 301. Ces références sont citées par S. A. de Smith, Judicial Review of Administrative Action, préc., p. 168, notes 33, 34. Les références de droit public montrent que l'urgence peut justifier l'économie de certains droits procéduraux. Étant donnée l'ampleur de la notion d'urgence, on peut en inférer qu'elle permettrait, le cas échéant, l'exécution forcée qui est reconnue par la loi dans de nombreuses hypothèses (v. par ex. en matière de construction Building Act 1984, article 78(3) ; en matière de pollution, Environment Act 1995, article 108(15)).

¹⁵⁰⁸ V. conclusions de Jean Romieu sous l'arrêt Société immobilière Saint-Just du 2 décembre 1902 (Rec. p. 713).

Ce domaine est au départ fixé par la jurisprudence administrative qui a tôt affirmé l'illégalité des sanctions administratives en dehors de celles qui portent sur le lien qui unit le titulaire d'une autorisation à l'Administration (1). C'est ensuite la jurisprudence constitutionnelle qui est venue d'une part poser la constitutionnalité de la répression administrative tout en limitant son domaine qui ne peut empiéter sur l'exercice de certaines libertés fondamentales (2).

1 — La jurisprudence administrative manifeste la spécificité de la répression en vertu d'un lien préalable

437. L'histoire du droit de la sanction administrative fait apparaître, comme nous l'avons déjà souligné, un paradoxe. Alors que les juristes se sont opposés à l'attribution d'une fonction répressive à l'Administration en dehors de son « lit » traditionnel (l'autorisation administrative ou l'institution¹⁵⁰⁹), la jurisprudence n'y a d'abord mis qu'une limite : l'habilitation législative ; encore cette limite n'a-t-elle pas toujours été appliquée strictement par le juge administratif¹⁵¹⁰. Le seul principe en la matière est celui de la légalité des délits et des peines. Ainsi, en 1901 — mais des études récentes montrent que dès la Révolution française une opposition à la répression administrative apparaît¹⁵¹¹ — la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu refuser de sanctionner des arrêtés municipaux créant des sanctions : « l'infraction aux règlements de police ne comportant d'autres sanctions que celles édictées par l'art. 471 n° 15, c. pén., un maire ne peut, sans excès de pouvoir frapper d'une pénalité arbitraire ceux qui contreviennent aux dispositions d'un arrêté municipal »¹⁵¹². Il était

¹⁵⁰⁹ V. la position de F. Delpérée dans sa thèse : « La sanction disciplinaire offre plus d'une analogie avec la sanction pénale. Mais ces analogies foncières ne doivent pas faire perdre de vue les différences fondamentales qui séparent ces sanctions. Ainsi la mesure disciplinaire sanctionne un manquement du fonctionnaire à ses devoirs et à ses obligations ; elle ne l'atteint, en principe, que dans ses intérêts de carrière » (v. F. Delpérée, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit public, tome 85, 1969, p. 8. V. aussi la position de J. Mourgeon pour lequel le fondement de la répression administrative est à rechercher dans la théorie de l'institution, étant précisé qu'il comprend dans la répression administrative celle mise en œuvre par les juridictions administratives : v. J. Mourgeon, *La répression administrative*, thèse préc., spéc. le chap. I. On voit bien la spécificité de l'institution dans l'histoire car au départ le Conseil d'État accepta même que le principe de légalité des délits et des peines ne s'appliquait pas (Conseil d'État, 26 oct. 1917, Dairat, Recueil Lebon p. 690 ; Conseil d'État, 27 juin 1934, Doreau, Recueil Lebon p. 729) et, en l'absence d'échelle légale des sanctions le juge administratif considère que la seule sanction est l'éviction (Conseil d'État, Ass., 18 avril 1947, Jarrigion, Recueil Lebon p. 148, S. 1948.3.33, note Rivero). Il faut aussi certainement faire une place particulière à la répression fiscale et douanière. Cette répression administrative a toujours eu droit de citer et n'a pas posé de difficulté, même aux révolutionnaires (A. Guinchard, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale : du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, L.G.D.J., Coll. Bibl. des sciences criminelles, tome 38, 2003).

¹⁵¹⁰ V. l'évolution in J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., n°88.

¹⁵¹¹ V. J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI de deux arrêtés du directoire de la Haute-Garonne », *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Litec, 2008, pp. 175-183, spéc. pp. 178-179 cité par J. Ferrand, « Aux confins du politique et du juridique... ou du bon usage des déclarations de droits par les corps administratifs et judiciaires de la Révolution », *Clio@Themis*, n° 3, spéc. n°51 suiv. à propos de la « mesure d'éloignement imposée aux prêtres réfractaires par le directoire » de certains départements qu'un projet de proclamation royale de Louis XVI voulu casser, mais qui resta lettre morte.

¹⁵¹² V. Cass. Crim., 7 décembre 1901, Min. publ. c. Second, Dalloz 1901.I.286.

ainsi de jurisprudence constante que « Les règlements municipaux ne peuvent, en effet, établir d'autres peines que celles qui sont autorisées par la loi »¹⁵¹³.

438. Pour avoir une image claire de la jurisprudence, il faut distinguer selon les domaines de la répression. La distinction des domaines établit une spécificité du domaine disciplinaire, c'est-à-dire des sanctions qui procèdent d'un lien préalable, que celui-ci procède de l'existence d'une autorisation administrative ou que celui-ci concerne la participation à l'institution administrative. En régime préventif, comme d'ailleurs dans le cadre de la fonction publique, l'Administration dispose, même sans texte, d'un pouvoir de suspension et de révocation.

439. Cette règle était acceptée antérieurement à la Constitution de 1958. Ainsi, dans le domaine de la fonction publique, Francis Delpérée admet que, même si le principe de légalité s'applique comme en droit pénal, « le pouvoir de révocation peut être exercé en dehors de toute disposition textuelle »¹⁵¹⁴. De même, en matière d'autorisation préalable le juge administratif admet la légalité du pouvoir de suspension et de retrait, même sans texte, qui pouvait se fonder au départ sur le caractère de mesure de police de ces décisions, qui sont des mesures considérées comme « partiellement répressives »¹⁵¹⁵. De même, le juge administratif admet la légalité du pouvoir de retrait ou de révocation dans de multiples hypothèses disciplinaires¹⁵¹⁶. Ce pouvoir existe d'ailleurs aussi en droit privé¹⁵¹⁷.

¹⁵¹³ V. Jurisprudence générale, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz, Tome 3, Paris, Bureau de la Jurisprudence générale, 1887-1897, « Communes », n°496. Les auteurs du Répertoire affirment ensuite : « Si donc un arrêté contenait des dispositions contraires à celles du code pénal sur les contraventions, les tribunaux ne devraient pas les appliquer (Cass., crim., 4 nov. 1848, aff. Capelle, D. P. 50. 5. 472 ; Cass., crim., 29 août 1857, aff. Mercier, D. P. 57. 1. 416). Ils ne devraient pas notamment, prononcer la peine de la confiscation, édictée par un règlement municipal, dans un cas où la loi ne l'autorise pas (Cass., crim., 10 févr. 1854, aff. Boyer, D. P. 55. 5. 44) ». V. l'expression de cette position très nette dans G. Viché, La sanction professionnelle Notion de droit administratif nouveau, Thèse, Montpellier, 1948, p. 28.

¹⁵¹⁴ V. F. Delpérée, L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 85, 1969, p. 115, n°63. V. par ex. l'arrêt Carré de 1906 qui consacre un pouvoir général de révocation (Conseil d'État, 23 février 1906, Carré, Recueil Lebon p. 171).

¹⁵¹⁵ La meilleure expression de ce pouvoir se trouve dans l'arrêt Labonne : « Cons., dès lors, que le décret du 10 mars 1899, à raison des dangers que présente la locomotion automobile, a pu valablement exiger que tout conducteur d'automobile fût porteur d'une autorisation de conduite, délivrée sous la forme d'un certificat de capacité ; que la faculté d'accorder ce certificat, remise par ledit décret à l'autorité administrative, comportait nécessairement, pour la même autorité, celle de retirer ledit certificat en cas de manquement grave aux dispositions réglementant la circulation ; qu'il suit de là que le décret du 10 mars 1899 et l'arrêté préfectoral du 4 déc. 1913 ne se trouvent point entachés d'illégalité » (Conseil d'État, 8 août 1919, Labonne, Recueil Lebon p. 737). V. les développements de J. Mourgeon dans sa thèse p. 154, n°112. V. aussi l'analyse de M. Waline dans sa note sous l'arrêt Du Hays préc., D. 1930.III.21. Si effectivement, la caractère de mesure de police peut influencer la réflexion sur le principe de légalité en revanche il ne fait pas de doute que ces mesures sont bien prises dans le but de sanctionner un comportement. V. aussi l'analyse du déclin du principe de légalité des délits et des peines in G. Champagne, Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique, Thèse dactyl., Poitiers, 1979, tome 1, p. 275.

¹⁵¹⁶ V. par ex. Conseil d'État, 3 mai 1940, Compagnie Agricole d'Arbitrage, Recueil Lebon p. 153 (établissement d'un régime disciplinaire dans le cadre de la loi du marché des sucres blancs de la Bourse de commerce de Paris, qui sont des services publics, en conséquence « il appartient aux chambres de commerce (...) de soumettre lesdits courtiers et commissionnaires à un régime disciplinaire comportant des sanctions administratives », lesquels collaborent au fonctionnement du service public). Le pouvoir de retirer ou de suspendre une autorisation peut aussi procéder des pouvoirs que l'Administration détient en vertu de la gestion

440. L'avènement de la Constitution de 1958 n'a pas bouleversé cet état du droit même si un arrêt du Conseil d'État de 1975 a pu laisser penser que le pouvoir de suspendre ou de retirer une autorisation n'était plus un pouvoir dont disposait l'autorité administrative sans texte¹⁵¹⁸. Toutefois, l'arrêt Benkerrou est venu conclure définitivement ce point. La règle est, depuis l'arrêt Benkerrou¹⁵¹⁹, la règle du parallélisme : lorsque le pouvoir réglementaire est compétent pour réglementer l'exercice d'une profession en application de la théorie de l'état de la législation antérieure¹⁵²⁰, il l'est aussi pour instaurer les sanctions correspondantes, pour autant que celles-ci « par leur objet et leur nature, soient en rapport avec cette réglementation » — cette précision permet de douter de la légalité éventuelle de l'instauration par un règlement de sanctions pécuniaires. Pour paraphraser Roger Bonnard, la répression disciplinaire dans le cadre de l'autorisation préalable doit atteindre le titulaire de l'autorisation en tant que celui-ci est titulaire d'une autorisation, la sanction doit donc porter sur ce lien lui-même¹⁵²¹.

441. Mais, avec l'accord de la loi, le juge administratif, tout comme le juge anglais d'ailleurs, ne s'est jamais opposé à l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative. Comme pour toute intervention de l'Administration dans le domaine des libertés, celle-ci n'est autorisée que si la loi l'a permis : la répression administrative n'est ainsi pas différemment traitée que les autres formes d'intervention administrative dans l'exercice des

du domaine : v. la décision de suspension du permis de stationnement d'un chauffeur de taxi C.É., 15 mai 1936, Belot, D. 1937.III.1, note Waline.

¹⁵¹⁷ V. A. Légal, J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, Sirey, Paris, 1938. L'analyse de ces deux auteurs part de la théorie de l'institution et rejette l'analyse contractualiste de la répression disciplinaire qui est faite en général (v. ainsi la définition qu'ils donnent p. 18).

¹⁵¹⁸ V. Conseil d'État, 25 juillet 1975, ministre de l'Équipement c. Richoux, n° 96377 (R.D.P. 1976, pp. 355-365, note J.-M. Auby : « les ministres signataires de l'arrêté du 10 mars 1970 ne pouvaient légalement instituer un retrait prononcé en cas d'infraction aux dispositions qu'ils édictaient et qui présente ainsi le caractère d'une sanction professionnelle ». J.-M. Auby critique dans cette note ce pouvoir : « il est peu acceptable que certaines sanctions d'incidence souvent grave puissent être dépourvues de tout fondement textuel et ne trouver leur justification que dans l'idée purement technique de parallélisme des compétences ». V. G. Champagne, *Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique*, thèse préc., p. 270.

¹⁵¹⁹ V. Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, Min. Int. c. Benkerrou, n° 255136, préc.. La solution est confirmée ici : Conseil d'État, Sect., 18 juill. 2008, Féd. de l'hospitalisation privée, n° 300304 ; AJDA 2008, p. 1812, chron. É. Geffray et S.-J. Liéber : « que les conditions d'exercice de l'activité de ces établissements relèvent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de la loi ; qu'il n'appartient dès lors qu'à la loi de déterminer les éléments constitutifs des infractions dont l'auteur encourt de telles sanctions ». V. *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 108-40, *Sanctions administratives*, § 61 ; B. Genevois, *Principes généraux du droit*, octobre 2004, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n°879 suiv..

¹⁵²⁰ V. aussi Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber. V. le comm. de L. Janicot, « Formes et procédures administratives non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? Une fausse idée claire », AJDA 2010 p. 540. L'arrêt juge que, lorsque la loi est compétente, elle l'est pour déterminer le « régime des sanctions » : « lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les sanctions encourues que les éléments constitutifs des infractions que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ».

¹⁵²¹ V. R. Bonnard, *Répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse préc., p. 5 : « La répression disciplinaire, au contraire, n'atteint le fonctionnaire qu'en tant que fonctionnaire. Elle ne sanctionne jamais les obligations du simple particulier ».

libertés¹⁵²². Ainsi, si Jacques Mourgeon déclarait « on ne pouvait dire, avant 1939, que la répression administrative n'existait pas. Mais elle relevait soit de la nécessité, soit de l'anomalie », cette affirmation résultait simplement de traditions juridiques et non de principes contraignants. Il est vrai qu'existaient depuis longtemps des sanctions en matière fiscale comme le souligne Bertrand Seiller,¹⁵²³ mais celles-ci n'ont pas toujours un caractère répressif, leur objet pouvant être de compenser la perte subie par l'Administration¹⁵²⁴. Si l'on prend comme éléments d'analyse la sanction administrative la plus scandaleuse, l'internement administratif, on trouve cette sanction dans la législation relative aux colonies¹⁵²⁵, dans les mesures prises en vertu de la police des mœurs ou pendant la Seconde Guerre mondiale¹⁵²⁶.

2 — *La jurisprudence constitutionnelle : un domaine limité par certains droits fondamentaux*

La jurisprudence constitutionnelle affirme d'une part la constitutionnalité des sanctions administratives (a) tout en limitant leur domaine, qui ne peut porter sur l'exercice de certaines libertés fondamentales (b).

a — La constitutionnalité des sanctions administratives

442. C'est cette position que le Conseil constitutionnel confirme dans sa jurisprudence. Le Conseil constitutionnel a d'abord marqué des hésitations à reconnaître la constitutionnalité

¹⁵²² V. par ex. l'arrêt Daudignac qui sanctionne l'instauration d'un régime d'autorisation préalable d'une activité professionnelle sur le domaine public, régime qui n'aurait pu être compétemment établi qu'après intervention du législateur. Il est en effet constant que l'exercice des libertés publiques est placé sous la sauvegarde, la garantie du législateur. V. Conseil d'État, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Rec. p. 362 (D. 1951.589, concl. Gazier, note J.C., Grands arrêts de la juris. Adm., 17^e ed., n°66).

¹⁵²³ V. B. Seiller, L'acte administratif, préc., n° 874.

¹⁵²⁴ V. L. Sfez, « La nature juridique des sanctions fiscales non pécuniaires », Rev. de sciences financières 1966, pp. 361-396, *passim*. Ce fondement explique l'atténuation de certains principes qui s'appliquent aux matières purement répressives comme les droits de la défense ou l'application immédiate de la loi pénale d'incrimination moins sévère. V. aussi I. Chaabouni, La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers : étude comparative des contrôles de l'administration fiscale, des juridictions financières et de l'Autorité des marchés financiers, L.G.D.J., Bibl. finances publiques et fiscalité, tome 50, 2010, pp. 95 suiv.. Cet auteur parle ainsi pour les sanctions fiscales et financières de « sanctions restitutives ».

¹⁵²⁵ V. les nombreuses peines d'internement administratif en Tunisie (M. Bach-Hamba, La Justice tunisienne. Organisation et fonctionnement actuels. Projet de réorganisation, 1917 p. 12, l'auteur évoque l'internement et même l'expulsion administratifs des Tunisiens).

¹⁵²⁶ V. la loi du 3 septembre 1940 relative aux mesures à prendre, sur instruction du gouvernement, à l'égard des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique et l'ordonnance du 18 novembre 1943 sur l'internement administratif des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique (J.O.R.F. 1943, p. 287). V. aussi les nombreux arrêts du Conseil saisi d'action en responsabilité contre l'État, ainsi que cet arrêt où l'on apprend que cette peine d'internement, mesure de police, pouvait se cumuler avec des sanctions administratives ou professionnelles (Conseil d'État, 4 novembre 1946, Mayeux, Recueil Lebon p. 253). V. sur ce point V. Giraudier, Les bastilles de Vichy : répression politique et internement administratif : 1940-1944, Paris, Tallandier, 2009. Cet auteur fait remonter la politique d'internement sur le territoire national à la politique d'immigration menée pendant l'entre-deux-guerres, laquelle fut ponctuée de mesures de ce type comme l'internement des républicains espagnols. L'histoire du Conseil d'État sous Vichy a été bien documentée tant dans son activité contentieuse (P. Fabre, Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme, Publications de la Sorbonne, 2001) que consultative (O. Carton, « Regard sur l'activité consultative du Conseil d'État de 1940 à 1944 : peut-on conseiller innocemment un gouvernement comme celui de Vichy ? », R.D.P., 2010, n° 3, p. 579).

des sanctions administratives. Les premières décisions rendues en la matière pouvaient même faire penser qu'il considérait la notion même de sanction administrative comme contraire à la Constitution¹⁵²⁷. Le Conseil constitutionnel a censuré une loi sur les entreprises de presse qui contenait un dispositif répressif confié à une autorité administrative indépendante la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse. Il affirme à cette occasion qu'à « supposer même que les dispositions de la loi aient pour objet de réprimer des abus [...] cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative »¹⁵²⁸. Toutefois, cette décision s'explique par le domaine particulier dans lequel les sanctions administratives prenaient place. Dans ce cas précis, le régime répressif avait un effet équivalent à un régime d'autorisation préalable, régime inconstitutionnel s'agissant de la liberté de la presse. Le Conseil constitutionnel opère ensuite un revirement progressif. D'abord en 1986 en ne soulevant pas le moyen d'office¹⁵²⁹, ce qui fait dire à Jean-Louis Autin que le Conseil aurait ici opéré un « revirement implicite »¹⁵³⁰.

443. Le revirement véritable va s'effectuer en deux temps. Dans la décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁵³¹, le Haut conseil juge que le législateur peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante, chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle, de

¹⁵²⁷ V. Conseil constitutionnel, 30 Décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, n° 82-155 DC, § 33-34. Il s'agissait d'une validation législative d'une peine avec effet rétroactif. V. Pouvoirs, 1983 (25), p. 199 chron. P. Avril, J. Gicquel ; Revue du droit public, 1983, p. 333, § 53, 68, 94, 98, 99, 107, chron. L. Favoreu ; Revue administrative, 1983, p. 142, note M. de Villiers ; Dalloz, 1984, IR, p. 472, note L. Hamon.

¹⁵²⁸ V. Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, n°84-181 DC. V. Pouvoirs, 1985 (33), p. 163, chron. P. Avril, J. Gicquel ; A.J.D.A., 1984, p. 689, note J.-J. Bienvenu ; R.D.P., 1986, p. 395, § 11-13, passim., chron. L. Favoreu ; Gazette du palais, 1984, p. 539, note Perier-Daville ; Rev. adm., 1984, p. 580, note M. de Villiers ; C. Debbasch, G. Drouot, « La loi du 23 octobre 1984 et la liberté de la presse », Actualités législatives Dalloz, 1985, p. 49 ; S. Hubac, J.-É. Schoettl, « La situation des groupes de presse à la suite de la décision des 10 et 11 octobre du Conseil constitutionnel et de la promulgation de la loi du 23 octobre 1984 », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1985 (1), p. 3 ; J.-Cl. Masclet, « La loi sur les entreprises de presse », Actualité juridique droit administratif, 1984, p. 644 ; J. Fourre, « L'entrée en vigueur de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 », Les petites affiches, 25 janvier 1985 (11) ; E. Derieux, « Les principes du droit de la communication dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Légipresse, n°141-II, pp. 49-56 ; L. Favoreu, L. Philip, G.D.C.C., 14^e éd., n°34, pp. 530 suiv..

¹⁵²⁹ V. Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, n°86-217 DC. V. Revue du droit public, 1989, p. 399, chron. L. Favoreu ; Annuaire international de justice constitutionnelle, 1986, pp. 430-436 et pp. 442-443, B. Genevois ; A.J.D.A., 1987, p. 102, note P. Wachsmann ; Dalloz, 1987, Somm., p. 381, note H. Maisl ; « Le pluralisme, mode d'emploi », Medias, Septembre 1986, p. 24, G. Goubert ; Les petites affiches, 10, 12 et 14 novembre 1986, note B. Maligner ; R. Etien, « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », Rev. adm., 1986, p. 458 et 564 ; Revue des Sociétés, 1986, p. 608, note Y. Guyon.

¹⁵³⁰ V. Jcl « Autorités administratives indépendantes », Fasc. 75). Une autre décision de 1987 (C.C., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC) confirme ce revirement, mais toujours de manière implicite.

¹⁵³¹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, §27 : « que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». V. Pouvoirs, 1989 (50), p. 193 et 197, chron. P. Avril, J. Gicquel ; J.-L. Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », Revue adm., 1989, p. 223 ; R.D.P., 1989, p. 429 et suiv., § 23-25, passim., chron. L. Favoreu ; G. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », R.F.D.A., 1989, p. 215 ; C. Debbasch, Grands arrêts du droit de l'audiovisuel, 1991, n°51, p. 331 ; J.C.P., 1994, II., 22350, note M.-C. Rouault ; M. Dobkine, « La transaction en matière pénale », Dalloz, 1994, chron., p. 137 ; L. Favoreu, L. Philip, G.D.C.C., préc., n°39, pp. 640 suiv..

pouvoirs de sanction. Toutefois, cette décision ne peut être comprise comme une consécration pleine et entière. En effet, d'abord le Conseil laissait entendre que seules les sanctions administratives prononcées par une autorité administrative indépendante pourraient être conformes à la Constitution. Ensuite, le pouvoir de sanction accordé au Conseil supérieur de l'audiovisuel prenait place dans le cadre d'un lien préalable entre l'Administration et la personne sanctionnée puisque cette dernière bénéficiait d'une autorisation. Ce lien entre l'autorisation administrative et le pouvoir de sanction se trouve en harmonie avec la justification traditionnelle des sanctions administratives¹⁵³². Il restait donc au Conseil constitutionnel à accepter l'existence d'un pouvoir général de sanction, ce qu'il fit dans une décision concernant la Commission des opérations de bourse où, par un considérant de principe, il valida le pouvoir général de sanction de l'Administration. Le considérant utilisé dans cette décision est devenu depuis classique : « Considérant que le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction »¹⁵³³. Le Conseil constitutionnel autorise dès lors les sanctions administratives tout en les encadrant.

444. L'attribution d'un pouvoir de sanction à l'Administration connaît cependant une limite qui tient à son champ et à la compétence de l'autorité judiciaire. C'est pourquoi ce pouvoir de sanction doit être limité dans son étendue. Ainsi le Conseil constitutionnel précise-t-il que s'il est loisible au législateur de conférer un pouvoir de sanction à une autorité administrative, ce transfert ne peut dépasser « la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »¹⁵³⁴. De surcroît, en vertu de l'article 66 de la Constitution, seule l'autorité judiciaire est compétente pour prendre des mesures affectant la liberté individuelle¹⁵³⁵. Aussi le législateur ne peut-il violer la compétence exclusive des juridictions dans ce domaine. La peine administrative ne saurait par conséquent toucher l'exercice de libertés constitutionnellement garanties. Ces libertés sont d'abord la liberté d'aller et venir. Le Conseil constitutionnel a affirmé à de nombreuses reprises que les sanctions administratives ne sauraient comporter de peines privatives de liberté, posant désormais une limite à ce que l'histoire n'avait pourtant pas hésité à reconnaître, puisque le pouvoir d'internement administratif a connu au moins deux illustrations historiques sur le territoire métropolitain (sous la Révolution française et le régime de Vichy¹⁵³⁶).

¹⁵³² V. J.-M. Auby, Les sanctions administratives en matière de circulation automobile, art. préc..

¹⁵³³ V. Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC, §6 (J.O.R.F., 1^{er} août 1989, p. 9676). V. Pouvoirs, 1990 (52), p. 189, chron. P. Avril, J. Gicquel ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », R.F.D.A., 1989, p. 671. Cette position est reprise dans les décisions : Conseil constitutionnel, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, n° 97-389 DC, §30 (J.O.R.F., 25 avril 1997, p. 6271). V. §14 de la décision n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (J.O.R.F., 13 juin 2009, p. 9675).

¹⁵³⁴ V. §27 de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc..

¹⁵³⁵ V. « Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

¹⁵³⁶ V. J. Mourgeon, La répression administrative, thèse préc., p. 83 ; J.-P. Munch, La sanction administrative, thèse préc., p. 62. Pour la description des différents textes prévoyant l'internement administratif sous le régime de Vichy : voir C.-A. Colliard, « La sanction administrative », préc., p. 33 (« Par exemple un décret-loi du 18 novembre 1939 prévoyait pour les individus dangereux pour la défense nationale ou pour la sécurité publique une mesure préventive, restrictive de liberté : la résidence dans un centre. Une loi du 3 septembre 1940 a renforcé le système en prévoyant l'internement administratif dans un établissement désigné par arrêté du

445. On trouve une seconde illustration de cette limite dans la décision « Entreprise de presse ». Cette décision sanctionne l'attribution d'un pouvoir de répression administrative qui avait l'effet d'instaurer un régime d'autorisation préalable, « contraire à l'article 11 de la Déclaration de 1789 » qui protège la liberté d'expression,¹⁵³⁷ car « cela place pratiquement l'entreprise dans la nécessité de s'abstenir de réaliser l'opération tant qu'elle n'est pas assurée de l'aval de la commission »¹⁵³⁸. Le Conseil précise à cette occasion, confirmant qu'il s'agit bien d'un problème de compétence : « qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des « abus » au sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative »¹⁵³⁹.

446. Enfin, la décision sur la Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet vient apporter une précision sur le raisonnement du juge à propos de la répression du téléchargement illégal, répression que le gouvernement souhaitait confier à une autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet¹⁵⁴⁰. Le fondement de cette décision est encore l'article 11 de la déclaration, lequel protège la liberté d'expression. Par cette décision le Conseil étend la protection constitutionnelle de la liberté d'expression à la communication en ligne : « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »¹⁵⁴¹. Ainsi, la liberté de communication en ligne reçoit la protection de la Constitution. Néanmoins, les titulaires de droit de propriété intellectuel doivent pouvoir jouir de leurs droits, ceux-ci sont protégés par la Constitution et la puissance publique peut légitimement vouloir les protéger. Il faut donc concilier ces droits,

Ministre de l'Intérieur. Un régime analogue a été organisé pour certains étrangers considérés comme indésirables ou de race juive »). V. aussi le récit du déclin de la liberté devant l'arbitraire administratif décrit par M. Waline dans sa préface à la thèse de J. Robert, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration : le problème des L.G.D.J.*, Coll. Bibl. de droit public, tome 1, 1956.

¹⁵³⁷ V. « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. ».

¹⁵³⁸ V. L. Favoreu L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2007, n°34, n°10.

¹⁵³⁹ V. §81 de la décision « Entreprise de presse » préc..

¹⁵⁴⁰ V. Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n° 2009-580 DC (J.O.R.F., 13 juin 2009, p. 9675). V. X. Prétot, « Le pouvoir de sanction à l'épreuve des principes constitutionnels. À propos de la censure pour partie de la loi HADOPI », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 97-111 ; *Recueil Dalloz Sirey*, 24/06/2010, n°24, pp. 1508-1521, chron. V. Bernaud, L. Gay ; *Les Petites Affiches*, 19/05/2010, n° 99, pp. 6-19, chron. L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembois, L. Janicot ; S. Ben Hadj Yania, « Controverses autour des autorités de régulation », *JCP E*, 06/05/2010, n° 18-19, pp. 17-23 ; A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de la sanction des AAI ? », *Droit pénal*, 2009, n° 11, pp. 11-17 ; T. Revet, « Droit de propriété sur droit de propriété ne vaut », *RTD Civ*, 2009, n° 4, pp. 754-756 et pp. 756-757 ; *Recueil Dalloz Sirey*, 2009, n° 26, pp. 1770-1771, note J.-M. Bruguère ; J.-P. Feldman, « Le Conseil constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence », *JCP G*, 2009, n° 28, pp. 25-28 ; I. Boubekour, « De la "loi Hadopi" à la "loi Hadopi 2" Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2009 n°51, pp. 107-113 ; J. Francillon, « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication : Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, n°3, pp. 609-622.

¹⁵⁴¹ V. §12 de la décision du 10 juin 2009 préc..

mais le Conseil semble établir une hiérarchie entre ceux-ci¹⁵⁴² : « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »¹⁵⁴³. La liberté d'expression et de communication est donc une liberté de première importance, dont l'exercice doit être sauvegardé prioritairement. Le second temps de la décision du Conseil va donc consister à rejeter la possibilité d'attribuer un pouvoir de répression administrative de cette liberté : « Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à Internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes, mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins »¹⁵⁴⁴.

447. L'argumentation qui justifie la censure s'appuie sur trois éléments. Le premier, et le plus important, est la nature de la liberté de communication qui ressortit de la liberté d'expression, la première étant le moyen indispensable à l'épanouissement de la seconde¹⁵⁴⁵. Cette décision illustre le fait que, dans la protection de cette liberté « le Conseil constitutionnel privilégie dans leur mise en œuvre la liberté du destinataire (lecteur, auditeur, téléspectateur) »¹⁵⁴⁶ et l'on pourrait ajouter aujourd'hui internaute. C'est donc l'atteinte au libre exercice de cette liberté par ses destinataires mêmes qui justifie d'abord la censure. Ensuite, la peine envisagée est une peine qui porte directement sur la liberté en question, sur son exercice, puisqu'il s'agissait de restreindre ou d'empêcher l'exercice de cette liberté et non pas d'en réprimer les abus par une peine d'amende par exemple. Enfin, le déploiement de la répression se situe en dehors de tout lien préalable puisque celle-ci n'est pas limitée à « une catégorie particulière de personnes, mais s'étend à la totalité de la population », — ce qui rappelle la position de Jean-Marie Auby sur le domaine légitime de la répression administrative.

448. On peut toutefois critiquer l'inconséquence du Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence, car la décision HADOPI 2 vide de sens la première. Il semble curieux que le

¹⁵⁴² Les auteurs des Grandes décisions du Conseil constitutionnel constatent, depuis la décision dite « Entreprise de presse » (préc.) l'élaboration par le Conseil constitutionnel d'une théorie générale des droits fondamentaux. La jurisprudence du Conseil met en effet en évidence une protection différente des droits et libertés constitutionnels. Ainsi, par exemple, les libertés de communication et d'association ne peuvent être soumises, pour leur exercice, à un pouvoir d'autorisation préalable, alors que, « pour d'autres libertés, le Conseil constitutionnel a admis la possibilité d'un régime d'autorisation préalable : liberté de communication audiovisuelle et droit de propriété » (Grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc., n°34, n°10).

¹⁵⁴³ V. §15 de la décision du 10 juin 2009 préc..

¹⁵⁴⁴ V. §16 de la décision du 10 juin 2009 préc..

¹⁵⁴⁵ V. cette appréciation : « La liberté de communication ressortit davantage quant à elle de l'ordre des moyens » (L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, J.-L. Mestre, Droit constitutionnel, Dalloz, Coll. Précis, 2009, 12^e éd., p. 921, n°1303).

¹⁵⁴⁶ V. L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, J.-L. Mestre, Droit constitutionnel, préc., p. 922, n°1305.

Conseil ne s'attache ici qu'à un critère purement organique. Après l'échec de la première loi confiant la répression à une autorité administrative, le gouvernement a donc aménagé une voie pénale mise en œuvre devant le tribunal correctionnel siégeant à juge unique statuant par la voie d'ordonnances pénales¹⁵⁴⁷. Il s'agit donc d'un juge seul, non spécialisé (il jugera ces affaires en même temps que des infractions au Code de la route, ou de la santé publique pour l'usage de stupéfiants¹⁵⁴⁸) et face auquel les prévenus ne bénéficient pas des garanties normales, le juge peut ainsi statuer sans débats. Peut-être les justiciables auront-ils même moins de protections devant ce juge que devant l'autorité administrative indépendante¹⁵⁴⁹.

Il est clair toutefois désormais que la répression administrative ne saurait avoir pour objet de restreindre l'exercice des libertés fondamentales : la liberté de communication au même titre que celle d'aller et venir.

b — L'absence d'inconstitutionnalité dans les secteurs régulés

449. Mais, dans les domaines à l'étude, l'attribution d'une fonction répressive en vertu d'une autorisation préalable ou d'une déclaration n'a pas suscité d'opposition de la part de la haute juridiction constitutionnelle. Dans sa décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, contrairement à ce qu'il avait jugé dans la décision « Entreprise de presse », l'instauration d'un régime d'autorisation préalable est, ici, permise. La motivation du juge fait une large place à l'argument technique : la rareté de la ressource, en raison de la présence d'un réseau, est déterminante puisque ce motif apparaît à deux reprises : « Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »¹⁵⁵⁰. Le régime d'autorisation préalable résulte en effet dans ce domaine des contraintes techniques qui lui sont spécifiques, la puissance publique ne fait donc qu'assurer la gestion de la rareté¹⁵⁵¹. Le régime préventif

¹⁵⁴⁷ Il s'agit d'une procédure écrite accélérée et non contradictoire qui ne prévoit pas d'audience de jugement, mais donne lieu à une décision qui équivaut à un jugement. V. Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (JORF n°0251 du 29 octobre 2009 page 18290, texte n° 1). V. la décision Conseil constitutionnel, 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, n° 2009-590 DC (J.O.R.F., 29 octobre 2009, p. 18292, texte 3). V. Loi Hadopi 2, contrôle à double détente : J.C.P., G., I, 2009 (46), p. 15-17, comm. M. Verpeaux ; F. Chaltiel, « La loi Hadopi II de nouveau censurée », Les petites affiches, 25 novembre 2009 (235), p. 7-13 ; D. Rousseau, « Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3 ? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009 », Légipresse, 2009 (267), p. 173-174 ; E. Derieux, « Validation par le Conseil constitutionnel de l'essentiel des dispositions de la loi "Hadopi 2" », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009 (54), p. 6-8.

¹⁵⁴⁸ V. la liste in B. Bouloc, Procédure pénale, préc., n° 831-1.

¹⁵⁴⁹ V. les autres critiques : A. Gautron, « La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, juill. 2009, n°51 ; É. Mirat, « La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ? », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, juill. 2009, n°51-59.

¹⁵⁵⁰ V. §26 de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, préc..

¹⁵⁵¹ V. pour une analyse de la notion de rareté et son influence sur les différents régimes de droits : J.-F. Calmette, La rareté en droit public, Paris L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004.

étant en l'espèce autorisé, « la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »¹⁵⁵². Elle a aussi admis l'attribution de ce pouvoir à l'Autorité de régulation des télécommunications¹⁵⁵³. Il est symptomatique de l'acceptation de ce pouvoir dans le domaine des services publics en réseau que ce grief n'ait pas été soulevé contre la loi créant l'Autorité de régulation des activités ferroviaires¹⁵⁵⁴.

450. La jurisprudence constitutionnelle montre bien l'autonomie de la répression dans le cadre d'un lien préalable avec l'Administration dans les domaines étudiés. La réserve de compétence du droit pénal concerne donc la répression qui s'exerce sur les libertés fondamentales, dont le Conseil estime qu'elles ont une importance telle que leur garantie relève des juridictions, et en dehors de tout lien préalable. En conséquence, les seules autorités qui empiètent sur la fonction naturelle du juge pénal seraient les autorités des marchés financiers (dans leur fonction de répression des abus de marché et non dans leur fonction disciplinaire concernant les prestataires de service d'investissement) et les autorités de concurrence, mais leur action ici ne s'exerce pas sur une liberté jugée si importante qu'elle requiert l'intervention du juge pénal. La notion de lien préalable n'est donc que subsidiaire. Elle a néanmoins une importance théorique puisque, par exemple, cette notion est utilisée par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi de réglementation des télécommunications qui confère, disent-ils, un pouvoir répressif trop important à la future Autorité de régulation des télécommunications : « [...] il apparaît que l'autorité de régulation dispose d'un pouvoir de sanction trop étendu. Ainsi, il résulte de la rédaction de l'article L 36-11 que ladite instance exerce son pouvoir de sanction « en cas d'infraction d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service à une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité ». Encore une fois, vous avez reconnu aux autorités administratives indépendantes le pouvoir de prononcer des sanctions administratives (n° 88-248 DC du 19 janvier 1989), mais dans la limite nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Au cas présent, la notion d'infraction « à une disposition législative et réglementaire afférente à son activité » paraît dépasser le lien existant entre le bénéfice d'une autorisation délivrée par l'administration et les règles applicables à cette autorisation. Eu égard au secteur concerné rien n'interdit de penser que certaines de ces « dispositions législatives ou réglementaires » afférentes à cette activité sont, par exemple, de nature pénale ou à tout le moins étrangères au domaine d'activité de l'Autorité de régulation. Or les sanctions administratives sont bien distinctes des sanctions pénales. Ainsi que la doctrine l'a souligné, de telles sanctions administratives « peuvent avoir leur place dans un État libéral, à la condition que leur domaine d'application soit étroitement limité, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la répression pénale » (J.-M. Auby, Les sanctions administratives en matière de circulation automobile, D. 1952, chron. p 111). Dans le texte en cause, cette nécessaire frontière n'est manifestement pas garantie et le pouvoir de sanction accordé à cette autorité est trop étendu »¹⁵⁵⁵. Le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation au motif que « la loi n'a

¹⁵⁵² §27 de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, préc..

¹⁵⁵³ V. Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC, §13 suiv. (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11400, Recueil, p. 99).

¹⁵⁵⁴ V. Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, n° 2009-594 DC (J.O.R.F., 9 décembre 2009, p. 21243, texte n° 2).

¹⁵⁵⁵ Saisine par soixante sénateurs, Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications.

pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à des législations d'une autre nature [...] [et] ne permet d'infliger une sanction administrative de nature pécuniaire que si le manquement concerné n'est pas constitutif d'une infraction pénale »¹⁵⁵⁶.

Conclusion du § 1

Tant en France qu'au Royaume-Uni, le droit de la sanction administrative est soumis au principe de légalité. Seule la loi est compétente pour instaurer un système de sanction administrative. Mais à cet égard, le droit de la sanction administrative dans le cadre des autorisations administratives, se distingue puisque l'Administration dispose toujours du pouvoir de retirer ou de suspendre celle-ci¹⁵⁵⁷. Concernant les peines pécuniaires, c'est-à-dire celles qui ne touchent pas au lien qui unit l'Administration et le titulaire de l'autorisation, le principe de légalité s'applique strictement. Si, au Royaume-Uni, la sanction législative suffit, le juge constitutionnel est venu en France encadrer plus strictement le principe de l'instauration de sanctions administratives. L'éviction du juge pénal a pu ainsi être interdite dans le champ des libertés fondamentales. Aussi le champ de la répression administrative est-il virtuellement différent dans les deux pays.

Après avoir analysé les contraintes juridiques pesant sur l'instauration de la peine administrative, il s'agit d'étudier à présent les conditions devant présider à l'instauration d'une infraction.

§ 2 — L'instauration de l'infraction

L'instauration d'une infraction peut poser deux problèmes juridiques dont les fondements sont distincts : celui de sa légalité et celui du respect de sa qualité (le respect de la présomption d'innocence).

451. Le pouvoir de créer une infraction en droit constitutionnel français manifeste la spécificité de la répression dans le cadre d'un lien préalable, puisqu'il est possible, dans ce cas, de déroger à l'application stricte du principe de légalité des délits et des peines. Ce

¹⁵⁵⁶ V. Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC, §16 (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11400 ; Recueil, p. 99). V. les comm. « L'examen par le Conseil constitutionnel de deux lois relatives aux télécommunications », Les petites affiches, 26 juillet 1996 (90), p. 4 ; « Aperçu rapide sur la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications », J.C.P., G, 1996, Act., 18 septembre 1996, obs. É. Barbry, F. Olivier ; A.J.D.A., 1996, p. 694, O. Schrameck ; O. Schrameck, « Les lois du 26 juillet 1996 et le Conseil constitutionnel », Cahiers de la fonction publique, Septembre 1996 (149), p. 7 ; P.-G. Perot, « La nouvelle réglementation des télécommunications », Les petites affiches, 1er novembre 1996 (132), p. 15 ; J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », R.F.D.A., 1996, p. 909 ; F. Dupuis-Toubol, J.-P. Jouyet, « La nouvelle réglementation française des télécommunications. Présentation de la loi du 26 juillet 1996 », Juris P.T.T., 3e trim. 1996 (45), p. 3 ; J. Frayssinet, « La loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 et les services télématiques de communication audiovisuelle : un essai manqué », Juris P.T.T., 3e trim. 1996 (45), p. 20 ; D. Kahn, « Le statut des fournisseurs d'accès à Internet : trois pas en avant », Lamy Droit de l'informatique, Août 1996 (84), p. 1 ; H. Maisl, « La nouvelle réglementation des télécommunications », A.J.D.A., 1996, p. 762 ; R.F.D.C., 1996, p. 823, note J. Trémeau ; Les petites affiches, 11 juin 1997 (70), p. 16, note B. Mathieu, M. Verpeaux ; Dalloz, 1998, Somm., p. 146, note J. Trémeau ; Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1997 (2), p. 8.

¹⁵⁵⁷ Pourvu, comme on l'a vu, que la réglementation de la profession soit du domaine réglementaire.

principe est un principe constitutionnel cardinal de la répression. Il est énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme à l'article 34 de la Constitution. Pourtant, dans le domaine de la répression en vertu d'un lien préalable, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »¹⁵⁵⁸, aussi la définition de l'infraction peut-elle être contenue dans l'autorisation elle-même. De même en droit anglais, contrairement au principe de légalité, affirmé dès *Entick v Carrington* par Lord Camden en 1765, qui voudrait que l'infraction soit prévue par la loi, le droit anglais accepte que la définition de l'infraction soit contenue dans l'acte administratif d'autorisation.

Dans le cadre d'une autorisation administrative, l'infraction peut être définie en référence aux obligations contenues dans celles-ci. Mais encore faut-il que la définition de cette infraction respecte la présomption d'innocence.

452. En France, la protection de la présomption d'innocence encadre dans certaines limites le recours à un régime de sanctions administratives dans la mesure où celui-ci établit généralement une présomption de culpabilité¹⁵⁵⁹. Comme l'ont relevé en effet Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, les infractions réprimées par un système de sanction administrative sont des infractions objectives qui n'imposent en général que la réunion d'éléments matériels¹⁵⁶⁰. Or, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui protège la présomption d'innocence emporte « qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »¹⁵⁶¹.

453. Ces considérations ont ainsi justifié la censure de l'infraction instaurée sous l'empire de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. Le Conseil a jugé à cette occasion que comme « seul le titulaire du contrat d'abonnement d'accès à internet peut faire l'objet des sanctions instituées par le dispositif déferé ; [...] pour s'exonérer de ces sanctions, il lui incombe, en vertu de l'article L. 331-38, de produire les éléments de nature à

¹⁵⁵⁸ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, déc. n° 88-248 DC, préc., consid. 37.

¹⁵⁵⁹ V. D. Chagnollaude, « Droit pénal et droit constitutionnel : sur un couple uni », in Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 83-96, spéc. p. 86.

¹⁵⁶⁰ « En matière administrative, la tendance dominante est de se contenter d'une simple faute matérielle, soit parce que le texte incriminateur n'a rien précisé au sujet de la faute, soit parce qu'il est clairement prévu que l'existence d'une intention délictueuse, d'une mauvaise foi véritable, transforme l'infraction en délit correctionnel » (Punir sans juger, préc., préc.). J. Mourgeon estime qu'en matière administrative, la sanction se fonde toujours sur une faute tout en concédant que l'élément subjectif est singulièrement atténué dans le cadre des infractions matérielles (v. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., n°236-237). V. aussi M. Lefondré, Recherche sur les sanctions administratives et leur nature juridique, préc., p. 333.

¹⁵⁶¹ V. Conseil constitutionnel, 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière, n° 99-411 DC, §5 (J.O.R.F., 19 juin 1999, p. 9018, Recueil, p. 75) : JCP G 1999, I, p. 201, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; V. Gimeno-Cabrera, « La protection des libertés individuelles », Revue administrative, 1/01/2005, n° 343, pp. 44-48 ; J. Buisson, « Les présomptions de culpabilité », Procédures, 1/12/1999, n° 12, pp. 3-4 ; J.-É. Schoettl, AJDA, 20/09/1999, n° 9, pp. 694-700 ; F. Luchaire, Revue du Droit public (RDP), 01/09/1999, n° 5, pp. 1283-1298 ; S. Sciortino-Bayart, RFD Const., 1/09/1999, n° 39, pp. 587-594).

établir que l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins procède de la fraude d'un tiers ; qu'ainsi, en opérant un renversement de la charge de la preuve, l'article L. 331-38 institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit »¹⁵⁶². Il appartenait en effet au titulaire sanctionné de prouver qu'il n'était pas l'auteur de l'infraction, sans autre moyen de défense, « ce faisant, le législateur simplifiait à l'évidence la tâche de la commission des droits, mais conduisait à faire peser sur le titulaire de l'abonnement une présomption de culpabilité et à l'exposer à une sanction du fait de l'infraction commise par un tiers chaque fois qu'il ne parviendrait pas à rapporter la preuve de la fraude »¹⁵⁶³.

454. *A contrario*, le Conseil constitutionnel avait en effet jugé que ne portait pas atteinte à la présomption d'innocence un dispositif sanctionnant d'une amende le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule soupçonné de contraventions au Code de la route en vertu d'une présomption simple, « qui repose sur une vraisemblance raisonnable d'imputabilité des faits incriminés ». Dans ce cas, le législateur avait permis « à l'intéressé de renverser la présomption de faute par la preuve de la force majeure ou en apportant tous éléments justificatifs de nature à établir qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction »¹⁵⁶⁴ alors que dans le cas de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet le titulaire du contrat d'abonnement ne pouvait renverser la présomption qu'en prouvant la fraude d'un tiers.

455. En *common law*, il est aussi de principe qu'il appartient à l'accusation de prouver chaque élément de l'infraction¹⁵⁶⁵. Il est néanmoins constant que la répression dans le cadre d'un lien préalable bénéficie d'une certaine autonomie. Les juges acceptent dans ce cas le renversement de la charge de la preuve. Ainsi que l'explique le juge Cory dans la décision *Wholesale Travel Group*¹⁵⁶⁶ : « ceux qui choisissent de participer à une activité réglementée [...] se sont placés dans une relation de responsabilité avec le public de manière générale et doivent accepter les conséquences de cette responsabilité [...] ceux qui s'engagent dans une activité réglementée doivent [...] être réputés avoir accepté certains termes et conditions applicables à ceux qui agissent dans cette sphère réglementée »¹⁵⁶⁷. Mais l'analyse se situe ici

¹⁵⁶² V. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, §18. V. le comm. A. Cappello, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives. Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580-DC », *Revue de science criminelle* 2010 p. 415.

¹⁵⁶³ V. X. Prétot, « Le pouvoir de sanction à l'épreuve des principes constitutionnels. À propos de la censure pour partie de la loi HADOPI », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 97-111, spéc. p. 104. Concernant la HADOPI toujours, le Conseil d'État a été saisi des décrets d'application établissant la procédure. Les requérants soutenaient que la procédure envisagée portait atteinte à la présomption d'innocence. Le Conseil d'État répond fermement que le principe de la présomption d'innocence n'est pas méconnu car « l'ensemble de ces prescriptions n'emportent aucune automaticité entre les constats de manquements aux obligations prévues par la loi et le prononcé éventuel d'une sanction pénale par l'autorité judiciaire » (Conseil d'État, 19 octobre 2011, *French Data Network*, n° 342405).

¹⁵⁶⁴ Conseil constitutionnel, 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, n° 99-411 DC §6.

¹⁵⁶⁵ V. Cette règle est affirmée à de multiples reprises : v. par ex. *Edwards* [1975] 1 Q.B. 27, spéc. p. 40, le discours de Lawton L.J. ; *R. v. Hunt* [1987] A.C. 352, spéc. p. 374. V. par ex. cette assertion de Lord Reid « There is no doubt that for centuries *mens rea* has been an essential element in every *common law* crime or offence » (*Warner v Metropolitan Police Commissioner* [1968] 2 All E.R. 356., spéc. p. 360).

¹⁵⁶⁶ V. *Wholesale Travel Group Inc.* (1991) 84 D.L.R. (4th) 161, spéc. p. 206.

¹⁵⁶⁷ Traduction de « those who choose to participate in regulated activities have ... placed themselves in a responsible relationship to the public generally and must accept the consequences of that responsibility (...) those who engage in regulated activity should (...) be deemed to have accepted certain terms and conditions applicable to those who act within the regulated sphere ». C'est ce qui permet à Richard Glover d'affirmer que « le

dans le cadre du droit pénal. Dans un contentieux de droit de la concurrence les juges anglais ont en revanche, dans la décision Napp, précisé que le droit à la présomption d'innocence que garantit l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme implique que c'est à l'autorité administrative — en l'occurrence au Director general of Fair Trading — de prouver les agissements et que le standard qu'elle doit appliquer n'est pas celui du droit pénal, mais celui du droit civil. Aussi le Directeur n'est-il pas obligé de prouver la culpabilité des opérateurs en suivant le standard qui lui impose d'apporter un degré de preuve « au-delà du doute raisonnable » (« *beyond reasonable doubt* »), mais en fonction d'un « équilibre des probabilités » (« *preponderance or balance of probabilities* »)¹⁵⁶⁸. L'application de ce standard impose à l'autorité d'être « convaincu que la qualité et le poids des preuves est suffisamment fort pour surmonter la présomption que la partie en questionne s'est pas engagée dans des conduites illégales ». En droit anglais, le droit à la présomption d'innocence implique donc le respect d'un certain standard de preuve, mais qui n'est pas aussi élevé qu'en droit pénal.

Encadrée dans ces limites, respect de certaines libertés et de la présomption d'innocence, l'instauration d'un régime de sanctions administratives est acceptée par le juge constitutionnel français et le juge anglais.

Conclusion du § 2

L'instauration d'une infraction est donc encadrée en principe par la loi. Mais cette règle souffre d'une exception dans le cadre de la répression dont le fondement est l'autorisation préalable.

De même, le juge constitutionnel français s'est montré sévère pour les atteintes à la présomption d'innocence. En regard, le juge anglais, encore épris du caractère sacré de la parole législative, ne s'est pas opposé à l'instauration d'infractions qui iraient à l'encontre de la présomption d'innocence, même sur le fondement du Human Rights Act.

renversement de la charge de la preuve sera normalement justifié dans les cas concernant des contraventions ». « Accordingly, reverse legal burdens will normally be justified in cases concerning regulatory offences (as defined according to the 'licensing approach') », Richard Glover, « Regulatory Offences and Reverse Burdens: The 'Licensing Approach' », *Journal of Criminal Law*, 71 (259), 2007 ; V. aussi Neil Parpworth, « Unlicensed tree felling: a further example of a regulatory offence? », *Journal of Planning & Environment Law*, 2003, pp. 1234-1247, spéc. p. 1236 ; Solomon E. Salako, « Strict Criminal Liability: A Violation of the Convention? », *Journal of Criminal Law*, 70 (531), 2006.

¹⁵⁶⁸ V. *Napp v Director General of Fair Trading* [2002] CAT 1, § 99 suiv., spéc. §105 ; *JJB Sports Plc v Office Of Fair Trading* [2004] CAT 17 (01 October 2004), §196 ; *Argos Ltd & Anor v Office of Fair Trading* [2004] CAT 24 (14 December 2004), §200 (« In these circumstances, in applying the balance of probabilities in a case involving penalties, the Tribunal must be satisfied that the quality and weight of the evidence is sufficiently strong to overcome the presumption that the party in question has not engaged in unlawful conduct. For example, if in a borderline case the decision is finely balanced and the Tribunal finds itself to-ing and fro-ing, the correct analysis is that the evidence is not sufficiently strong to satisfy the Tribunal on the balance of probabilities that the infringement occurred ») ; *Claymore Dairies Ltd and Arla Foods UK PLC v Office of Fair Trading* [2003] CAT 18 (02 September 2003), §11 ; *Office of Fair Trading v W. Austin & Sons & Ors* [2005] CAT 25 (6 July 2005), §116.

Conclusion de la Section 1

L'étude de l'attitude des juges internes face à l'attribution d'une fonction coercitive à l'Administration a mis en évidence une divergence entre les deux pays. Parti de principes semblables, le droit français sous l'influence du droit constitutionnel encadre plus strictement l'attribution d'un pouvoir de sanction administrative à l'Administration. Le champ de la répression administrative est ainsi plus strictement délimité en France alors qu'il est virtuellement illimité au Royaume-Uni. Il n'est soumis dans ce pays qu'au principe de légalité.

Il s'agit de considérer à présent la position des juges européens face à la répression administrative.

Section 2 — Les juges européens et la fonction coercitive des autorités de régulation

L'étude de la position des juges internationaux (la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne) se justifie à un double titre : d'abord parce que les pouvoirs coercitifs des autorités sectorielles trouvent leur source, de manière croissante, dans les directives européennes, qui doivent respecter la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ; ensuite, parce que les jurisprudences des deux cours sont applicables dans les deux pays. Spécialement au Royaume-Uni, c'est davantage l'invocation du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui pourrait former un rempart contre la répression administrative que les principes jurisprudentiels du *judicial review*.

On analysera d'abord la position de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1) ; ensuite, celle de la Cour de justice de Luxembourg (§ 2).

*

§ 1 – La position de la Cour européenne des droits de l'homme

§ 2 – La position de la Cour de justice de l'Union européenne

*

§ 1 — La position de la Cour européenne des droits de l'homme

456. Le juge de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne s'est pas opposé à l'attribution d'une fonction répressive à l'Administration. Depuis l'arrêt *Oztürk c. Allemagne* du 21 février 1984 la Cour a admis « la légitimité du système des sanctions administratives au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁵⁶⁹. Les États peuvent ainsi au nom des « impératifs de la bonne administration de la justice » attribuer aux autorités administratives des compétences répressives, afin de soulager la justice du traitement d'infractions d'importance mineure¹⁵⁷⁰. Dans cette affaire, la Cour donne à son accord une grande portée puisque le dispositif en question était susceptible de toucher tous les citoyens, indépendamment de tout lien préalable avec l'Administration. Il s'agissait ainsi d'une « contravention administrative » (*Ordnungswidrigkeit*) qui « ne s'adresse pas à un groupe déterminé à statut particulier — à la

¹⁵⁶⁹ V. C.E.D.H., 21 février 1984, *Öztürk c. RFA*, Série A n° 73. V. aussi C.E.D.H., 25 août 1987, *Lütz c. RFA*, Série A n° 123 A, § 57.

¹⁵⁷⁰ V. sur ce point F. Sudre, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526, Convention européenne des droits de l'homme, 31 Août 2008, n° 66.

manière, par exemple, du droit disciplinaire —, mais à tous les citoyens en leur qualité d’usagers de la route »¹⁵⁷¹. Cet argument sert à la Cour pour déterminer le caractère pénal (au sens de la Convention) de la disposition en question.

457. Le principe de l’instauration de sanctions administratives peut aussi se heurter au respect de la présomption d’innocence protégée par l’article 6 § 2 de la convention. Les sanctions administratives étant des infractions objectives, elles emportent une présomption quant à l’intention de commettre l’infraction. Les autorités administratives n’ont en général pas à prouver l’intention. Or, l’article 6 § 2 encadre le recours à ce type de présomption, car « Il appartient en principe aux autorités poursuivantes de prouver la culpabilité de la personne poursuivie »¹⁵⁷². C’est pourquoi les infractions qui utilisent un système de présomption de culpabilité ne peuvent être automatiques et doivent être contenues « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l’enjeu et en préservant les droits de la défense »¹⁵⁷³. En conséquence, le principe de l’instauration d’un régime de sanction administrative doit respecter la présomption d’innocence, toutes les sanctions administratives ne sont pas, dans ce cadre, admissibles.

Conclusion du § 1

La Cour accepte donc largement le principe des sanctions administratives, pourvu que celles-ci ne nuisent pas de manière déraisonnable au principe de la présomption d’innocence.

Qu’en est-il à présent de la position de la Cour de justice de l’Union européenne ?

§ 2 — La position de la Cour de justice de l’Union européenne

458. Dans l’ordre juridique européen cette fois, à l’inverse de ce qui se passe au niveau des États, « le pouvoir de sanction était consubstantiel aux traités communautaires »¹⁵⁷⁴. Des dispositions sanctionnatrices existent tant dans le droit primaire que dans le droit dérivé¹⁵⁷⁵. En effet, le Traité reconnaît la compétence de la Communauté pour prendre les textes d’application des dispositions prohibant les comportements anticoncurrentiels, « par l’institution d’amendes et d’astreintes »¹⁵⁷⁶, mis en œuvre en droit dérivé par les différents règlements européens qui comportent tous un pouvoir de sanction exercé par la Commission¹⁵⁷⁷. Franck Moderne note ainsi la diversité des sanctions disponibles : « outre

¹⁵⁷¹ V. C.E.D.H., 21 février 1984, Öztürk c. RFA, préc., §53.

¹⁵⁷² V. F. Sudre, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l’homme, §125.

¹⁵⁷³ V. CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, § 28 : A 141-A, présomptions du Code des douanes français, cité par F. Sudre, , *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526 : Convention européenne des droits de l’homme, §125. V. aussi F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, P.U.F., Coll. *Droit fondamental Classiques*, 9^e éd., n° 218 suiv..

¹⁵⁷⁴ V. F. Moderne, « La sanction administrative (éléments d’analyse comparative) », RFDA 2002 p. 483.

¹⁵⁷⁵ V. U. Sieber, « Union européenne et droit pénal européen Proposition pour l’avenir du droit pénal européen », *Revue de science criminelle* 1993 p. 249 (v. not. pour la liste des dispositions sanctionnatrices « en dehors du droit pénal » du Traité instituant la Communauté européenne de l’énergie atomique et du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l’acier). V. aussi F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA 1997 p. 1.

¹⁵⁷⁶ V. Article 103§2, point a (ex-article 83 TCE).

¹⁵⁷⁷ V. en droit de la concurrence par ex. le règlement n°1/2003 qui réforme le règlement 17/62.

l'amende pécuniaire, il peut s'agir du remboursement d'un avantage indûment perçu majoré d'intérêts, de la perte d'une garantie ou d'une caution, d'une exclusion temporaire du bénéfice d'une prime ou d'un régime de subvention »¹⁵⁷⁸.

Le droit européen ne s'oppose pas, de surcroît, à ce que les États membres établissent un régime de sanction administrative pour réprimer les infractions à certaines de ses dispositions¹⁵⁷⁹.

459. Tout d'abord, la Cour a été amenée à affirmer que l'imposition de sanction, « même de caractère non pénal », précise-t-elle, ne pouvait intervenir qu'en vertu d'une « une base légale claire et non ambiguë »¹⁵⁸⁰. Ce principe s'applique tant aux sanctions européennes émises par les organes européens, qu'aux sanctions européennes prises par les organes des États membres, qu'aux sanctions créées par les États membres en application du droit européen¹⁵⁸¹. Avant l'intervention de l'arrêt *Allemagne c. Commission* du 27 octobre 1992, le pouvoir de la Commission de prescrire des sanctions administratives n'était pas clairement affirmé d'après John Vervaele : « Les jugements étaient contradictoires et hésitants »¹⁵⁸². La Cour avait toutefois déjà reconnu dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* « la licéité de sanctions qui, comme les exclusions et d'ailleurs les majorations [...], ne se limitent pas au simple remboursement, éventuellement augmenté d'intérêts, d'une prestation indûment versée »¹⁵⁸³. Dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*, poursuivant l'œuvre antérieure¹⁵⁸⁴, la Cour

¹⁵⁷⁸ V. F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA 1997 p. 1.

¹⁵⁷⁹ V. par ex. CJCE, 15 janvier 2009, K-1 sp. z o.o. / Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, affaire C-502/07.

¹⁵⁸⁰ V. C.J.C.E., 25 septembre 1984, Karl Könecke GmbH & Co. KG, aff. 117/83, (Recueil, p. 03291), spéc. §11. La Cour considère en l'espèce aux §16-17 : « Ainsi que le gouvernement allemand l'a fait valoir, l'absence d'une telle sanction peut constituer une lacune dans le régime du cautionnement en ce sens que celui qui obtient la libération de la caution par de fausses déclarations évite la perte de celle-ci. Cet argument aurait été de nature à étayer une interprétation comme celle préconisée par ce gouvernement et par la commission, si la réglementation en cause se prêtait à une telle interprétation, compte tenu de ses termes et de l'objectif qu'elle poursuit. En revanche, il ne suffit pas, à lui seul, à créer une base claire et non ambiguë pour l'imposition d'une sanction. Il convient donc de répondre aux première et quatrième questions que l'article 4 du règlement (CEE) n°1071/68 de la Commission, du 25 juillet 1968, concernant les modalités d'application de l'octroi d'aides au stockage privé dans le secteur de la viande bovine, n'autorise pas les organismes nationaux d'intervention à récupérer, après l'expiration de la période de stockage, des cautions qui ont été libérées à tort, ni à imposer aux opérateurs économiques des sanctions pécuniaires correspondant aux montants des cautions ainsi libérées ».

¹⁵⁸¹ V. sur ce point J.A.E. Vervaele, « Administrative Sanctioning Powers of and in the Community.towards a System of European Administrative Sanctions? » in *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, (1994), pp. 161-202, spéc. p. 178.

¹⁵⁸² V. J.A.E. Vervaele, « Administrative Sanctioning Powers of and in the Community.towards a System of European Administrative Sanctions? », préc. p. 184.

¹⁵⁸³ V. C.J.C.E., 7 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125.

¹⁵⁸⁴ Dans cet arrêt la Cour fait le point sur la jurisprudence antérieure et affirme §12 : « De la jurisprudence, il résulte que ces sanctions peuvent revêtir différentes formes. Ainsi, par exemple, la Cour a-t-elle admis la licéité de mesures consistant à infliger à un opérateur le remboursement, majoré d'intérêts, d'un avantage indûment perçu (voir arrêt du 5 février 1987, *Plange Kraftfutterwerke*, 288/85, Rec. p. 611) ou encore la perte de la caution équivalant à cet avantage (voir notamment arrêt du 27 novembre 1991, *Italtrade*, C-199/90, Rec. p. I-5545). De la même manière, elle a estimé que l'abandon d'une caution constituait une sanction conforme au droit communautaire dans des hypothèses où cette caution servait seulement à garantir l'obligation d'exporter, contractée par les intéressés, et où ceux-ci n'avaient reçu aucun avantage pécuniaire de la Communauté (voir arrêts du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, et du 18 novembre 1987, *Maizena*, 137/85, Rec. p. 4587) ».

reconnaît¹⁵⁸⁵, à propos du régime d'aide agricole, la possibilité pour la Commission de prévoir l'exclusion des fraudeurs du bénéfice d'une aide agricole, ce dispositif ne relevait pas du droit pénal — qui serait alors de la seule compétence des États —, car il s'agit d'« un instrument administratif spécifique faisant partie intégrante du régime d'aides et destiné à assurer la bonne gestion financière des fonds publics communautaires ». La Cour applique dans cette décision un arrêt du 17 décembre 1970, Köster¹⁵⁸⁶, qui explicite la répartition des compétences entre le Conseil et la Commission d'après les règles posées par le Traité : le Conseil est compétent pour fixer les règles qui présentent un caractère essentiel pour la matière en question, tandis que les règles d'exécution sont, elles, du ressort de la Commission et peuvent donc lui être déléguées. La création de sanctions est ainsi du ressort de la Commission dans ce cadre. La création de sanction appartient donc aux compétences d'exécution de la Commission¹⁵⁸⁷.

460. L'instauration d'un système de sanction administrative pourrait aussi être condamnée dans son principe en raison de la protection de la présomption d'innocence consacrée à l'article 6, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette disposition est pertinente à un double titre : non seulement la Cour de justice de Luxembourg a jugé que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit que les institutions européennes doivent respecter¹⁵⁸⁸, mais surtout elle considère que le respect de ces droits « constitue une condition de la légalité des actes communautaires et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci »¹⁵⁸⁹. La Cour de justice a considéré, concernant les sanctions administratives des abus de marché, que le fait de présumer l'intention de l'auteur de l'infraction n'est pas contraire au respect de la présomption d'innocence : « Il convient de considérer que le principe de la présomption d'innocence ne s'oppose pas à la présomption prévue à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2003/6, par laquelle l'intention de l'auteur d'une opération d'initié se déduit implicitement des éléments matériels constitutifs de cette infraction, dès lors que cette présomption est réfragable et que les droits de la défense sont assurés »¹⁵⁹⁰. La légalité d'un régime de sanction administrative au niveau européen est donc

¹⁵⁸⁵ V. n° C-240/ 90. V. J.-D. Combrexelle, E. Honorat, Ch. Soulard, « Le droit communautaire en 1992 », AJDA 1993 p. 247 ; Ch. Soulard, « Demande d'annulation d'un règlement communautaire sur le fondement de l'incompétence de la Communauté en matière pénale », Revue de science criminelle, 1993 p. 147. V. aussi J. Raitio, The principle of legal certainty in EC law, Law and philosophy library, vol. 64, Springer, 2003 p. 159.

¹⁵⁸⁶ V. n° 25/70, Rec. p. 1161.

¹⁵⁸⁷ V. D. Sorasio, Commission, 1995, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, n° 84.

¹⁵⁸⁸ V. par ex. C.J.C.E., 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, point 283.

¹⁵⁸⁹ V. C.J.U.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), C-45/08, point 41 : D. Schmidt, « Une notion controversée : l'utilisation d'une information privilégiée. Précisions sur les sanctions », Bull. mensuel d'information des sociétés Joly, 01/04/2010, n° 4, pp. 346 -360 Y. de Cordt, P. Colard, Chronique de droit européen des sociétés (Année 2009), Journal de droit européen, 01/03/2010, n° 167, pp. 85 -89 ; note L. Idot, Europe, 01/02/2010, n° 2, pp. 24-25 ; Banque et Droit, 01/01/2010, n° 129, pp. 27-29 ; A. Lienhard, Recueil Dalloz Sirey, 01/01/2010, n° 2, p. 85 ; Martin Böse, « Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 23 December 2009 », (2011) 48 Common Market Law Review, pp. 189-201 ; et arrêt Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, préc., point 284.

¹⁵⁹⁰ C.J.U.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group, préc., point 44. La Cour de cassation a fait sien ce raisonnement : Cour de cassation, com., 8 février 2011, n° 10-10965 : M. X c. AMF, Gazette du Palais, 24 février 2011 n° 55, p. 25 ; Bulletin Joly Bourse, 1^{er} mai 2011 n° 5, p. 301, note M. Cohen-Branche (« Dès lors qu'est établie la matérialité des faits constitutifs du manquement d'initié, il appartient à la personne mise en cause

soumise, dans la mesure où ce régime introduit une présomption d'intention, à deux conditions : le caractère réfragable de la présomption, le respect des droits de la défense.

Conclusion du Chapitre 1

Le principe de la sanction administrative est donc aussi accepté assez largement. Tant les ordres juridiques internes que les cours internationales en acceptent le principe. Le Conseil constitutionnel français, tout en jugeant que les sanctions administratives ne sont contraires à aucun texte ou à aucun principe constitutionnel, encadre tout de même le domaine de celles-ci : elles ne peuvent servir à réprimer l'exercice de certains droits fondamentaux.

Qu'en est-il de la position des juges sur l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation ?

à ce titre de démontrer qu'elle n'a pas fait une exploitation indue de l'avantage que lui procurait la détention de l'information privilégiée »).

CHAPITRE II — LES JUGES FACE À LA FONCTION DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

La position historique en France et au Royaume-Uni est la même : l'Administration est exclue de la résolution des litiges privés. Cette compétence porte en outre atteinte tant au principe de liberté contractuelle qu'au droit de propriété. La liberté contractuelle est un principe commun aux deux pays qui comporte, partout, « la liberté pour les parties de contracter aux conditions de leur choix »¹⁵⁹¹ et de « choisir son cocontractant »¹⁵⁹². Ces principes sont mis à mal par les pouvoirs de règlement des litiges des autorités sectorielles. Pourtant, les juges ont été assez indifférents envers l'attribution de cette fonction à une autorité administrative.

On étudiera successivement la position historique et actuelle dans les droits internes étudiés (Section 1) et la position des juges internationaux (Section 2).

*

Section 1 – La position des juges internes

Section 2 – La position des juges internationaux

¹⁵⁹¹ V. Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, préc., spéc. pp. 28-31.

¹⁵⁹² V. Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, préc., spéc. p. 33.

Section 1 — *La position des juges internes*

L'analyse considérera d'abord l'avis du juge anglais (§1) avant d'exposer celle du droit français (§2).

§ 1 — La position du juge anglais

461. Au Royaume-Uni, l'ancienne prohibition qui écartait l'Administration royale du jugement des litiges privés n'a pas tenu face à l'essor de l'État¹⁵⁹³. Certains *tribunals* se sont vus dotés de la connaissance, en première instance en tout cas, de certains litiges privés, et ce, depuis longtemps puisque, au XIX^e siècle, le Board of Railway Commissioners, était doté de la compétence de résoudre certains litiges entre personnes privées¹⁵⁹⁴. Tout en restant toutefois une exception – mais importante – dans le paysage administratif anglais, certains *tribunals* importants, comme le Employment Tribunal, sont chargés de résoudre des litiges entre personnes privées. Ainsi, le rapport établi par Andrew Leggatt sur le système des tribunaux au Royaume-Uni identifie même une catégorie de *tribunals* qu'il nomme « *party and party tribunals* »¹⁵⁹⁵ et pour lesquels il reconnaît qu'il s'agit de la partie du système des *tribunals* la plus proche des juridictions¹⁵⁹⁶. Parmi ces institutions on trouve le Employment Tribunal, mais aussi par exemple le Copyright Tribunal¹⁵⁹⁷ ou le Lands Tribunal qui s'occupe des litiges relatifs à la propriété. Même si la règle perdure, le Royaume-Uni a une longue tradition d'intervention de la décision administrative dans les litiges contractuels et qui plus est, dans de nombreuses hypothèses.

462. Malgré ces exceptions, la règle perdure que l'Administration ne peut, sans autorisation législative expresse, restreindre la liberté des individus et notamment la liberté contractuelle. La liberté contractuelle est affirmée par les juges de manière constante. Comme l'affirme Lord Diplock : « le principe général du droit anglais est que les parties sont libres de conclure des contrats comme elles l'entendent »¹⁵⁹⁸. C'est pourquoi, traditionnellement, les juges sont très prudents quand ils interviennent pour contrecarrer cette liberté et sont très sourcilieux quand l'Administration intervient pour la réglementer. Ainsi a-t-il été jugé qu'une autorité locale, dans l'exercice de son pouvoir d'autorisation, ne pouvait inclure dans celle-ci de

¹⁵⁹³ V. l'avis concordant de P. Cane, *Administrative Tribunals and Adjudication*, préc., p. 37.

¹⁵⁹⁴ V. R.E. Wraith and P.G. Hutchesson, *Administrative tribunals*, London, Allen & Unwin for the Royal Institute of Public Administration, 1973, p. 26. Mais cette compétence ne dura pas et fut transférée à la justice ordinaire.

¹⁵⁹⁵ V. Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt: *Tribunals for Users - One System, One Service*, 16 August 2001, §3.17.

¹⁵⁹⁶ V. *Tribunals for Users - One System, One Service*, 16 August 2001, préc., §3.18.

¹⁵⁹⁷ Lorsque les parties ne peuvent s'accorder entre elles, ce *tribunal* décide des termes et des conditions des licences proposées par les instances d'autorisation dans le domaine de la propriété intellectuelle (v. Rapport Leggatt préc., §3.31).

¹⁵⁹⁸ V. [1967] 1 A.C. 361, §399. V. Chitty on Contracts, 30th Ed., §1-012. Traduction libre de : « the general principle of English law that parties are free to contract as they may think fit ».

conditions réglementant les relations contractuelles de son attributaire¹⁵⁹⁹. De même, dans la décision de principe *Mixnam's Properties Ltd v Chertsey Urban District Council* les juges ont pris une position très claire sur ce point. La loi autorisait une autorité locale à attribuer des autorisations pour l'utilisation de terres à l'usage des caravanes. Les autorités locales pouvaient, selon la loi, assortir ces autorisations de conditions propres à garantir l'intérêt public. Mais une municipalité émit une autorisation dans laquelle elle réglementait, notamment, les tarifs que le propriétaire du terrain serait en droit de demander pour l'occupation de celui-ci par les caravanes. La Chambre des Lords déclara que la municipalité en question avait excédé ses pouvoirs en imposant une telle condition. À cette occasion Lord Reid affirma : « Au cas présent, il apparaît qu'il y a une différence fondamentale entre prescrire ce qui doit ou ce qui ne doit pas être fait sur un site et la restriction de la liberté contractuelle du propriétaire de ce site avec ses occupants sur des sujets qui ne relèvent pas de la manière dont le site peut être utilisé »¹⁶⁰⁰. Et Lord Upjohn de rajouter : « la liberté contractuelle des sujets de ce pays est un droit fondamental encore aujourd'hui, et si le législateur entend conférer à un tiers le pouvoir de fixer des conditions pour réglementer les termes d'un contrat à conclure avec d'autres ; alors, et même s'il confère un droit de contester la fixation de ces conditions devant un juge, il doit le faire dans des termes clairs [...]. Rien, à mes yeux, ne pourrait être plus dangereux que de présumer que le législateur a eu l'intention qu'un grand nombre de collectivités locales dans tout le pays soit doté d'un pouvoir si arbitraire et si total, à moins qu'il ne leur ait conféré expressément ce pouvoir. Je ne vois rien de tel dans la loi »¹⁶⁰¹.

463. Au cas présent, l'autorisation législative empêche toute remise en cause du pouvoir de l'autorité sectorielle de régler des différends. Ce pouvoir n'a pas non plus été mis en question sur le fondement de la loi sur les droits de l'homme de 1998. Aussi la légalité de ce pouvoir est-elle indéniable.

464. Aux États-Unis, la constitutionnalité de ce pouvoir a par contre été mise en cause. La Cour suprême juge en effet depuis longtemps que lorsqu'une autorité administrative tient de la loi le pouvoir de fixer un tarif, ce pouvoir peut être contrôlé sur le fondement du cinquième amendement qui encadre le recours à l'expropriation. Un tarif fixé à un niveau trop faible peut constituer pour la Cour suprême une expropriation contraire au cinquième amendement. C'est ce que les opérateurs de téléphonie ont essayé d'invoquer dans l'affaire Verizon. Il ressort de

¹⁵⁹⁹ V. *Stewart v Perth and Kinross Council* [2004] UKHL 16.

¹⁶⁰⁰ Traduction de : « In the present case there appears to me to be a fundamental difference between prescribing what must or must not be done on a site and restricting the site owner's ordinary freedom to contract with his licensees on matters which do not relate to the manner of use of the site. Conditions can make the site owner responsible for the proper use of the site and it is then for him to make such contracts with his licensees as the general law permits. I can find nothing in the Act of 1960 suggesting any intention to authorise local authorities to go beyond laying down conditions relating to the use of sites, and in my opinion the general words in section 5 cannot be read as entitling them to do so » (*Mixnam's Properties Ltd v Chertsey Urban District Council* [1965] A.C. 735, p. 752).

¹⁶⁰¹ V. Traduction de : « Secondly, freedom to contract between the subjects of this country is a fundamental right even today, and if Parliament intends to empower a third party to make conditions which regulate the terms of contracts to be made between others then even when there is an appeal to a court of law against such conditions, it must do so in quite clear terms (...) Nothing in my view could be more dangerous than to assume by inference that Parliament intended that a very large number of local authorities all over the country should be clothed with such arbitrary and all-embracing powers unless it has given them a clear mandate to do so. I find no such clear mandate in the Act.' (*Mixnam's Properties Ltd v Chertsey Urban District Council*, p. 764A–C). Certaines décisions ont reconnu que la loi avait conféré un tel pouvoir, notamment à l'Independent Television Commission : v. *R. v Independent Television Commission* [1999] E.M.L.R. 880.

cette décision que la jurisprudence relative à l'expropriation est applicable aux décisions de règlement des différends des autorités américaines compétentes en matière de télécommunication¹⁶⁰². Mais, pour prospérer, ce moyen doit démontrer que le tarif est fixé un niveau si bas qu'il fera échouer les opérations de l'entreprise¹⁶⁰³ ou que le niveau fixé ne permet pas d'obtenir un taux de rentabilité raisonnable sur le capital étant donné les risques que prend l'entreprise¹⁶⁰⁴. Les juges de la Cour suprême ont considéré que ne pouvait être attaqué qu'un prix, qu'un tarif fixé de manière définitive et non une méthode. Or, c'est bien la méthode de calcul des coûts que les opérateurs tentaient de faire déclarer inconstitutionnelle, et c'est la raison de leur échec.

La protection du droit de propriété est donc le fondement du contrôle constitutionnel aux États-Unis. Ce moyen n'a pas été invoqué devant les juges anglais.

Conclusion du § 1

Au Royaume-Uni donc, l'Administration a été très sollicitée pour intervenir dans les litiges privés. Mais cette intervention ne peut être réalisée qu'après une autorisation législative. Sans la sanction parlementaire, l'Administration ne peut intervenir en droit anglais dans les litiges privés.

L'étude de la jurisprudence ne manifeste pas de tentatives pour contester le pouvoir de règlement des différends sur le fondement du droit de propriété. Aux États-Unis en revanche, les opérateurs ont soulevé ce moyen d'inconstitutionnalité et la Cour a déclaré que la protection due à la propriété s'étendait aux tarifs fixés par l'autorité sectorielle lors d'un différend. Ce tarif ne peut avoir un caractère confiscatoire.

Quelle est la position française ?

§ 2 — La position française

On verra d'abord la position traditionnelle du droit administratif quant aux pouvoirs de l'Administration dans le règlement des litiges privés et ses pouvoirs pour intervenir dans les contrats (I), pour analyser ensuite la réaction des juges administratif et constitutionnel face à l'attribution contemporaine du pouvoir de règlement des litiges (II).

I — L'Administration, le règlement des litiges privés et le contrat

465. En France, est une cause d'illégalité, car d'incompétence, l'empiétement de l'Administration dans les relations privées et particulièrement dans les litiges privés qui ne

¹⁶⁰² V. *Verizon Comm., Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467, 523 (2002). V. M. J. Legg, « *Verizon Communications, Inc. v. Federal Communications Commission-Telecommunications Access Pricing And Regulator Accountability Through Administrative Law and Takings Jurisprudence* », *Federal Communications Law Journal*, May 2004, pp. 563 suiv., spéc. pp. 581-582.

¹⁶⁰³ V. *Federal Power Commission. v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591, 605 (1944).

¹⁶⁰⁴ V. *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299, 315 (1989).

sont que du ressort des tribunaux judiciaires¹⁶⁰⁵. Théophile Ducrocq remarque ainsi, dès le XIX^e siècle que « Le Conseil d'État [...] annule pour excès de pouvoir les arrêtés portant règlement d'eau par lesquels les préfets ne trancheraient que des difficultés d'intérêt privé dont ils doivent laisser la solution aux tribunaux judiciaires »¹⁶⁰⁶. C'est aussi pourquoi Jean Landousy n'hésite pas à affirmer que : « Puisque les droits de la police, gardienne de l'ordre public, sont strictement limités à ce but il est logique qu'elle ne puisse intervenir dans les locaux professionnels, ou à l'occasion des rapports entre commerçants et citoyens, où manifestement aucune circonstance, ni aucun mode d'action, ne peuvent être de nature à troubler l'ordre public. Tels sont les locaux strictement privés et les rapports entre fournisseurs et clients »¹⁶⁰⁷. Le seul recours à cette époque contre les commerçants manipulant les prix était donc l'infraction pénale et non l'intervention directe par une autorité administrative¹⁶⁰⁸. L'intervention dans les relations privées n'est pas autorisée dans le droit classique.

466. Le règlement des différends n'est donc pas une compétence administrative. Celle-ci porte atteinte à la liberté contractuelle qui est une liberté protégée par le Conseil d'État. Au même titre que les autres libertés, seule la loi peut autoriser l'ingérence de l'autorité administrative dans cette liberté, ce qui pousse le Conseil d'État à juger, par exemple, que « le préfet ne tenait d'aucun texte le pouvoir d'édicter en l'entérinant une telle prescription de nature à apporter à la liberté contractuelle du bailleur une limitation qui n'aurait pu résulter que de la loi »¹⁶⁰⁹. Si l'Administration n'agit pas en vertu d'une habilitation législative, elle ne peut restreindre la liberté contractuelle qu'au nom de l'ordre public, ce qui est encore une solution commune au droit des libertés publiques. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il pu juger « que les restrictions apportées par le décret attaqué au libre exercice d'une activité professionnelle ainsi qu'à la liberté contractuelle, sont justifiées par la nécessité d'assurer la sécurité des vols organisés par les aéro-clubs »¹⁶¹⁰. Les seuls contrats dans lesquels l'autorité administrative

¹⁶⁰⁵ V. les développements in A. Legrand, Incompétence, Répertoire Dalloz de Contentieux administratif, février 2001, pour « Empiètement sur les attributions des personnes privées » (n°65 suiv.) et « Empiètement sur les attributions des autorités juridictionnelles » (n° 68 suiv.).

¹⁶⁰⁶ L'auteur cite notamment les arrêts suiv. : 19 juin 1863, duc de Conéglano ; 25 février 1864, Bouisson ; 1er février 1866, Couillaud ; 18 avril 1866, de Colmont. Th. Ducrocq, Cours de droit administratif, E. Thorin (Paris), 2e édition, 1868, p. 432.

¹⁶⁰⁷ V. J. Landousy, La liberté du commerce et de l'industrie et la police locale, Thèse, Droit, Paris, P.U.F., 1934. L'auteur cite à l'appui de cette affirmation les arrêts David et Cancel, et Laporte.

¹⁶⁰⁸ On note que ces articles de l'ancien code pénal (419 et 420) ont été abrogés par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

¹⁶⁰⁹ V. Conseil d'État, Sect., 3 octobre 1980, Fédération Française des Professionnels Immobiliers et Commerciaux Chambre régionale de la 19^e région Est et autre, n° 12955, Recueil Lebon, p. 348.

¹⁶¹⁰ V. Conseil d'État, 19 mars 2001, Syndicat national des industriels et professionnels de l'aviation générale, n° 202349, Recueil Lebon p. 138. Cet arrêt confirme aussi que le Premier ministre est compétent pour réglementer les activités professionnelles sur le territoire national, l'article 34 de la Constitution de 1958 ne lui a pas retiré cette compétence. V. les dév. sur ce point d'O. Renaudie, « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique », Petites affiches, 22 janvier 2009, n°16, p. 24. Le dernier chef de compétence pourrait être des circonstances exceptionnelles comme le montre l'arrêt Chaigneau de 1975 : « Considérant, en premier lieu, que, compte tenu de l'objet et de l'étendue des pouvoirs de police dont le Gouvernement dispose pour réglementer la circulation sur l'ensemble du territoire, celui-ci a pu légalement prendre en considération les menaces pesant sur l'approvisionnement du pays en produits pétroliers et la nécessité d'intérêt national de restreindre la consommation de ces produits pour imposer des limitations de vitesse inférieures à celles fixées par les dispositions permanentes de l'article R.10-1 du Code de la route, ces mesures étant de nature à diminuer les risques d'accidents et à en limiter les conséquences » (Conseil d'État, 25 juillet 1975, Sieur Chaigneau, n° 94.012, Lebon p. 436 ; Rev. de droit public 1976, p. 342, note J.-M. Auby).

peut, et même, dans certains cas, doit, intervenir sont les contrats administratifs¹⁶¹¹ ; elle est incompétente pour régler les contrats privés.

467. Aussi, les exemples de compétence de règlement des différends attribuée à l'Administration sont-ils rares. On peut néanmoins trouver des exemples de compétences similaires à celle de règlement des différends devant les autorités à l'étude. Ainsi, Léon Aucoc, dans les Conférences sur l'administration et le droit administratif, évoque-t-il une procédure, dans le domaine des chemins de fer, qui ressemble à celle étudiée : « Dans le cas où les compagnies ne pourraient s'entendre sur l'exercice de la faculté de circulation, le gouvernement statue sur les difficultés qui s'élèvent entre elles. Il faut bien remarquer que ce n'est pas à l'administration supérieure, comme dans la plupart des articles du cahier des charges, c'est au gouvernement que le droit de statuer est attribué. Par conséquent, c'est un décret et non une simple décision du ministre des Travaux publics qui doit intervenir en pareil cas »¹⁶¹². Mais apparemment, le fondement de ce pouvoir est la continuité du service¹⁶¹³. De même dans le domaine de l'électricité, le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, créé par l'article 45 de la loi du 8 avril 1946, était chargé d'arbitrer les conflits entre les collectivités locales concédantes et Électricité de France, concessionnaire obligatoire en matière de distribution d'énergie. Le Conseil d'État avait à son propos jugé qu'il s'agissait d'une autorité administrative et non d'une juridiction¹⁶¹⁴.

II — La position actuelle des juges administratif et constitutionnel

468. Le fondement de la fonction de règlement des différends peut, par contre, être le pouvoir de tutelle. À l'occasion du seul arrêt rendu sur le pouvoir de règlement des différends dévolu au ministre chargé des télécommunications en vertu du cahier des charges de France Télécom, le Conseil d'État a été amené à se prononcer. Ce différend opposait l'opérateur historique à la Société française de radiotéléphonie (S.F.R.)¹⁶¹⁵. Le Conseil d'État, en cassation, reconnaît la légalité de ce pouvoir. Sur quel fondement juridique ? La loi autorisait le ministre chargé des télécommunications à prévoir, dans le cahier des charges annexé à l'autorisation, « les conditions d'interconnexion et, le cas échéant, le principe du paiement des charges d'accès au réseau public ». Le cahier des charges prévoyait ainsi que le ministre avait compétence pour « fixer ces droits en tenant compte de la réalité des coûts ». Sur le fondement de ces dispositions, le ministre pouvait régler le différend et fixer une réduction du

¹⁶¹¹ V. la théorie du fait du prince. Mais si cette intervention cause un préjudice, elle peut être condamnée à le réparer : v. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, préc., n°441.

¹⁶¹² L. Aucoc, dans les Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, tome 3, Paris, Dunod, 1869-1876, p. 572, n° 1490.

¹⁶¹³ L. Aucoc, dans les Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, préc., p. 573, n° 1492. On remarque aussi qu'à l'époque les compagnies n'étaient pas assujetties au principe de non-discrimination dans la tarification de l'utilisation de leur infrastructure : « Mais une compagnie de chemin d'embranchement ne serait pas fondée à prétendre que la compagnie concessionnaire du chemin principal doit lui faire les mêmes conditions qu'aux autres compagnies et notamment se concerter avec elle pour un tarif commun à prix réduit. Le principe d'égalité écrit dans les articles 48 et 53 du cahier des charges ne s'applique pas à ce cas » (n°1493).

¹⁶¹⁴ V. Conseil d'État, 27 mai 1955, EdF, note L'Huillier, Dalloz 1956.308. V. aussi S. Deglaire, E. Bordier, *Électricité, service public*, Paris, Berger-Levrault, Coll. L'Administration nouvelle, Série Économie générale, tome II, p. 255.

¹⁶¹⁵ V. Conseil d'État, 16 juin 2000, France Télécom, n° 202835 (inédit au Lebon).

prix de certains services fournis par France Télécom à S.F.R.. Les conclusions de Frank Martin Laprade qualifient cette décision du ministre de « mesure individuelle de tutelle »¹⁶¹⁶, qui est prévue par les textes, mais le juge ne reprend pas cette qualification¹⁶¹⁷. Cet arrêt établirait donc que la fonction de règlement des différends est une fonction qui peut trouver sa source explicite dans un simple cahier des charges si elle est « l'application » de disposition législative en ce sens¹⁶¹⁸.

469. Le Conseil constitutionnel n'a pas soulevé d'objection à l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités administratives indépendantes. Le grief majeur adressé à la loi de 1996 de réglementation des télécommunications fut l'attribution des recours contre les décisions de règlement des différends à la Cour d'appel de Paris¹⁶¹⁹. La compétence de règlement des différends du Médiateur du cinéma n'a pas été discutée, ni celle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires¹⁶²⁰, ni dans les deux décisions concernant la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet¹⁶²¹, ni enfin dans les décisions concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁶²².

470. Cette compétence a, en revanche, été discutée concernant la création de l'Autorité de régulation des mesures techniques par la Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹⁶²³. Mais dans cette décision, ce n'est pas le principe de cette compétence qui est contestée. Il s'agit toutefois de la décision la plus intéressante, car elle met en évidence un élément juridique auquel le règlement des différends porte atteinte et qui n'est pas discuté dans les autres décisions : l'atteinte au droit de propriété¹⁶²⁴.

471. Le règlement des différends porte en effet atteinte au droit de propriété, mais la singularité du règlement des différends dans ce cas précis est qu'il porte atteinte non seulement au droit de propriété des auteurs, mais aussi à celui des auteurs du mécanisme de

¹⁶¹⁶ Conclusions du 17 mai 2000 de Frank Martin Laprade sous l'arrêt France Télécom préc. (non publiées).

¹⁶¹⁷ Il est constant que la tutelle ne se présume pas, l'autorité de tutelle ne dispose que des pouvoirs « dont elle a été expressément investie par les lois et règlements (C.É., 17 janvier 1913, Congrégation des soeurs de Saint-Régis, Recueil Lebon p. 72, concl. Corneille) » (R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, préc., n°566).

¹⁶¹⁸ La Cour administrative d'appel avait conclu dans le même sens : « qu'ainsi, le législateur ayant entendu, sous le régime institué par la loi du 29 décembre 1990 dont sont issues les rédactions ci-dessus des articles L.32-1 et L.33-1-I du code des postes et télécommunications, confier à l'État une mission générale de régulation des relations s'établissant entre l'exploitant public et les bénéficiaires d'autorisations d'interconnexions, le ministre tenait des textes précités le pouvoir de fixer les droits d'accès qu'en qualité d'exploitant autorisé d'un réseau interconnecté, la Société Française de Radiotéléphone devait acquitter au profit de France Télécom » (Cour administrative d'appel, Paris, Chambre 3, 20 Octobre 1998, n° 96PA02608, 96PA02615, Publié aux tables du Recueil Lebon) ; V. aussi TA de Paris, 2 juillet 1998, France Télécom, n° 9711038/7 ; CAA Paris, 18 juin 2002, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et Société Française de Transmissions de Données par Radio (TDR), n° 98PA04341 et 98PA04342.

¹⁶¹⁹ V. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, préc., §23.

¹⁶²⁰ V. Décision n° 2009-594 DC du 03 décembre 2009, préc..

¹⁶²¹ V. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, préc. ; Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, préc. ; Décision n° 2009-577 DC du 03 mars 2009, préc..

¹⁶²² V. Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, préc. ; Décision n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004, préc. ;

¹⁶²³ V. Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC (J.O.R.F., 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2 ; Recueil, p. 88). V. Th. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », RTD civ. 2006, p. 791 et suiv..

¹⁶²⁴ Deux autres griefs étaient formulés contre la loi : les limites posées par le législateur à la saisine de l'Autorité (§43) et l'atteinte que cette compétence porterait au droit à un recours effectif (§44). M. Verpeaux, « La liberté de communication avant tout - La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel », La Semaine Juridique Edition Générale n° 39, 21 Septembre 2009, 274.

protection. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à voir dans ce système une expropriation¹⁶²⁵. Or, la loi ne précisait pas les droits des auteurs du mécanisme de protection et c'est pourquoi le Conseil, par une réserve d'interprétation constructive, précise : « Considérant que l'article 14 précise que l'Autorité de régulation des mesures techniques a pour mission de garantir l'« interopérabilité » des systèmes et des services existants « dans le respect des droits des parties » ; que cette disposition doit s'entendre comme étant applicable tant aux titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ayant recours aux mesures techniques de protection, qu'aux titulaires de droits sur les mesures techniques de protection elles-mêmes ; qu'à défaut de consentement de ces derniers à la communication des informations essentielles à l'« interopérabilité », cette communication devra entraîner leur indemnisation ; que, dans le cas contraire, ne seraient pas respectées les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 »¹⁶²⁶. Dans cette réserve, d'abord, le Conseil étend aux mesures techniques la protection due au droit de propriété en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme pour, ensuite, étendre les droits des parties aux concepteurs de ces mesures. En conséquence, l'accès aux mesures techniques de protection ne peut se faire qu'à la condition soit d'avoir recueilli au préalable le consentement des intéressés soit de les indemniser. Il y a une incertitude en doctrine sur le point de savoir qui serait redevable de l'indemnisation : certains auteurs avancent que ce serait les saisissants de l'Autorité ce qui aurait pour effet négatif de constituer une limite financière qui pourrait s'avérer « infranchissable pour certains demandeurs »¹⁶²⁷, tandis que d'autres suggèrent que ce serait l'autorité administrative¹⁶²⁸. Cette incertitude a été tranchée dans le décret d'application de la loi, l'indemnité est bien due par le demandeur¹⁶²⁹.

472. Cette compétence aurait aussi pu être contestée sur le fondement de la liberté contractuelle, à laquelle elle porte atteinte frontalement. Mais la liberté contractuelle, qui est pourtant, pour Étienne Picard, fondamentale en tant que « génératrice de libertés »¹⁶³⁰, qui est aussi pour Jean-Jacques Sueur « au fondement de l'économie de marché et du principe de concurrence »¹⁶³¹, ne fait pas l'objet d'une protection approfondie.

¹⁶²⁵ Certains y voient une expropriation pour cause d'utilité publique (v. Ch. Caron, « La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », Communication Commerce électronique n° 10, octobre 2006, étude 22, n°8 ; Ch. Caron, « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2006, comm. 140) et d'autres une expropriation pour cause d'utilité privée, relevant que, si « l'interopérabilité est d'intérêt général (...), l'on ne peut s'empêcher d'observer qu'elle profitera surtout à certains opérateurs privés » (v. J.-M. Bruguière, « Le droit à l'interopérabilité », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2007, étude 3, n°15). La doctrine et la jurisprudence américaine abordent d'ailleurs la fonction de règlement des différends sous cet angle, utilisant la clause de la Constitution sur le « takings » pour contester les décisions de la Federal Communications Commission (v. l'analyse de M. P. Hantke Domas, *Economic Regulation of Public Utilities with Natural Monopoly Features*, préc.).

¹⁶²⁶ V. §41 de la décision n°2006-540 préc.

¹⁶²⁷ V. L. Thoumyre, « Les faces cachées de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi "DADVSI" », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, oct. 2006, n°20-1.

¹⁶²⁸ V. C. Bernault, « La loi du 1er août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder » *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, sept. 2006, n°19-46. Certains auteurs ne se prononcent pas : T. Verbiest, « Adoption de la loi DADVSI et décision du Conseil constitutionnel : point de répit estival ! », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, sept. 2006, n°19-44.

¹⁶²⁹ V. Code de la propriété intellectuelle, article R331-68-2°.

¹⁶³⁰ V. É. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *A.J.D.A.*, 1998, p. 651.

¹⁶³¹ V. J.-J. Sueur, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in *Droit économique et droits de l'Homme*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), 1^{er} éd., 2009, spéc. p. 115.

473. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, protège, au titre de la liberté contractuelle, principe désormais de valeur constitutionnelle¹⁶³² — même si certains auteurs expriment des doutes justifiés à cet égard¹⁶³³ — les conventions légalement conclues contre des immixtions intempestives du législateur. La liberté contractuelle confère ainsi un droit au maintien de l'économie des conventions et contrats légalement conclus¹⁶³⁴ et impose au législateur de n'intervenir pour contrarier cette liberté que pour « motif d'intérêt général suffisant »¹⁶³⁵. En somme, avec Pierre-Yves Gahdoun, il est possible d'affirmer que la liberté contractuelle est bien une liberté constitutionnelle qui assure « une double fonction, la protection des contrats en cours et la protection des contrats à venir, la pérennité et l'impulsion contractuelle »¹⁶³⁶ contre les atteintes du législateur. Au titre de la protection de ce que Pierre-Yves Gahdoun appelle l'impulsion contractuelle, il y a la protection de la liberté de contracter. Or, le Conseil

¹⁶³² Elle tire cette valeur de son rattachement à l'article 4 de la Déclaration de 1789 : v. Conseil constitutionnel, 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, n°2000-437 DC, cons. 37 (J.O.R.F. 24 décembre 2000, p. 20576, Rec. p. 190). Auparavant le Conseil avait jugé qu'« Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » (Conseil constitutionnel, 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, n° 94-348 DC, cons. 9 (J.O.R.F., 6 août 1994, p. 11482, Rec. p. 117) ; Conseil constitutionnel, 20 mars 1997, 97-388 DC, cons. 48 (J.O.R.F., 26 mars 1997, p. 4661, Rec. p. 31). V. Ph. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, pp. 667-672 ; D. Turpin, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », Contrats publics - Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, tome 1, Montpellier, P.U. de droit de Montpellier, 2006. V. l'état antérieur du droit in É. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? » AJDA 1998 p. 651. É. Picard affirme de manière convaincante — avant la consécration de la liberté contractuelle par le Conseil — dans un autre article que « cette exclusion semble tenir non pas tant au fait que cette liberté ne saurait jamais, en toute hypothèse, constituer un droit fondamental, mais simplement à cela que les restrictions qui lui étaient imposées dans les cas où le Conseil constitutionnel a été invité à en apprécier la portée n'étaient pas telles, aux yeux du juge, qu'elles justifiaient cette prééminence et cette qualification justificatrice. Sans trop de risque d'erreur, on peut en effet estimer que si, par une funeste inspiration, le législateur avait soudainement décidé, d'une façon globale et au nom d'un intérêt considéré par lui comme général, d'abroger les articles 1101 et 1134 du Code civil, pour substituer au mode contractuel de constitution des obligations, un mode strictement unilatéral, entièrement déterminé par des lois ou des règlements, le juge constitutionnel aurait alors, à n'en pas douter, utilisé le même type d'argumentation que celle qui lui a permis, à juste titre, d'affirmer le caractère fondamental du droit de propriété face au pouvoir constitutionnel de nationalisation... » (É. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A., 1998, p. 6).

¹⁶³³ V. F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006 p. 2.

¹⁶³⁴ V. Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, n°98-401 DC, cons. 29 (J.O.R.F., 14 juin 1998, p. 9033 ; Recueil p. 258).

¹⁶³⁵ V. Conseil constitutionnel, 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, n° 2009-592 DC, cons. 9 (J.O.R.F., 25 novembre 2009, p. 20223, texte n°6). Dans une décision antérieure il semble exiger un motif d'intérêt général moins important : Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, n° 2006-543 DC, cons. 29 à 31 (J.O.R.F., 8 décembre 2006, p. 18544, texte n°2 ; Rec. p. 120). Pour des exemples de conciliation : Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, 2006-543 DC, cons. 29 à 31, préc. ; Conseil constitutionnel, 19 novembre 2009, 2009-592 DC, cons. 11 et 12 (J.O.R.F., 25 novembre 2009, p. 20223, texte n°6). V. pour sa conciliation avec des exigences sociales décisions n° 2003-486 DC (cons. 17), n° 2003-487 DC (cons. 27 et 28), n° 2007-546 DC, (cons. 10 et 14)

¹⁶³⁶ V. P.-Y. Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 76, 2008, p. 369, n°417. V. aussi P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, p. 51. V. aussi O. Desaulnay, L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 84, 2009, spéc. p. 64, n° 146.

a estimé que le législateur pouvait y porter atteinte pour des motifs d'intérêt général suffisants¹⁶³⁷.

474. La liberté contractuelle étant aussi une composante d'autres libertés, on peut penser que la compétence de règlement des différends porte aussi atteinte, notamment à la liberté d'entreprendre. Comme l'explique Franck Moderne : « toute atteinte excessive à la liberté contractuelle compromettrait gravement l'exercice de la liberté d'entreprendre ou celui de la liberté du commerce et de l'industrie, et pourrait même, selon la formule consacrée, remettre ces libertés en cause »¹⁶³⁸. Ainsi, l'atteinte portée par le législateur à la liberté contractuelle, en restreignant la liberté de choisir avec qui l'on contracte, a pu être sanctionnée. Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions d'une loi d'amnistie qui, pour effacer les effets de certaines condamnations, imposent la réintégration de salariés, mettent « en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs »¹⁶³⁹. Mais le Conseil se fait ici le protecteur des libertés et droits constitutionnels des tiers à la loi d'amnistie, si bien que l'analogie ne peut pas être poussée très loin. Néanmoins, le pouvoir de règlement des différends porte atteinte à cette liberté de choix des opérateurs qui se voient forcés de contracter avec une entreprise qu'ils n'ont pas choisie.

475. Les juges civils n'en ont pas jugé autrement, reconnaissant la possibilité de limiter la liberté contractuelle des parties pour des motifs d'ordre public économique : « considérant que la mission régulatrice que la loi a conférée à l'A.R.T. lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions, et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient »¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁷ V. les décisions Conseil constitutionnel, 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, n°2003-487 DC (Recueil p. 473) ; Conseil constitutionnel, 19 déc. 2000, n°2000-437 DC (Rec. p. 176) : cette dernière décision considère que l'instauration par le législateur d'une forte « incitation » à contracter, constituée par la menace en cas de refus d'une forte taxation, ne peut être institué qu'en vertu d'un motif d'intérêt général suffisant, qui est rempli en l'espèce puisqu'il s'agissait d'inciter les entreprises pharmaceutiques à s'engager par contrat à juguler les dépenses de santé (v. le comm. de P.-Y. Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préc., n°335, p. 301).

¹⁶³⁸ F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006 p. 2.

¹⁶³⁹ V. Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, n° 88-244 DC, cons. 22 (J.O.R.F., 21 juillet 1988, p. 9448 ; Recueil, p. 119). V. le comm. de N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 287, 1997, p. 428, n°543. V. les comm. : A.J.D.A., 1988, p. 752 note P. Wachsmann ; Dalloz, 1989, Jur., p. 269, note F. Luchaire ; Pouvoirs, 1989 (48), p. 180, 185, 188, 190, 191 chron. P. Avril et J. Gicquel ; J.C.P., 1989, II, 21202, note M. Paillet ; X. Prétot, « L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde », Droit social, 1988, p. 755 ; Annuaire international de justice constitutionnelle, 1988, p. 392, 405-409, note B. Genevois ; Chronique de jurisprudence constitutionnelle (mars 1986-mars 1989), Revue du droit public, 1989 (2), pp. 399-505, L. Favoreu.

¹⁶⁴⁰ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., sect. H, 20 janvier 2004, Completel et France Télécom. V. aussi du même jour Estel et France Télécom ; V. aussi Cour d'appel de Paris, 22 mai 2007, Électricité de France, n° 2006/16883 : « « la Commission de régulation de l'énergie, qui a notamment pour mission d'assurer l'effectivité du droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'énergie, dispose à cette fin du pouvoir d'imposer aux gestionnaires et aux utilisateurs de ces réseaux des prescriptions propres à régler le différend qu'ils lui soumettent, ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire » (V. S. Braconnier, C. Menard, « Règlements de différends entre les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution d'électricité et les utilisateurs du réseau : comment délimiter la compétence du CORDIS ? », Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2011, 2, n° 4).

Conclusion du § 2

Le droit français n'a donc pas posé d'obstacle notable à l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités sectorielles. Le juge administratif n'admet traditionnellement l'immixtion de l'Administration dans les litiges privés et les contrats qu'en vertu de la loi, mais, confronté à l'émergence de cette fonction dans le cahier des charges de France Télécom, il n'a pas élevé d'obstacle à l'attribution de ce pouvoir.

De même, le juge constitutionnel, confronté à l'émergence de cette fonction dans les textes de loi, n'a pas mis d'obstacle à cette évolution. Tout au plus, lorsque le législateur décida d'attribuer une compétence de règlement des litiges à l'Autorité de régulation des mesures techniques, encadra-t-il l'effet de la décision d'injonction sur les tiers, veillant ainsi à la protection de leur droit de propriété.

La fonction de règlement des différends porte atteinte au droit de propriété ainsi qu'à la liberté contractuelle, mais le juge constitutionnel n'a pas souhaité, comme il l'a fait pour les sanctions administratives, encadrer ce pouvoir.

Conclusion de la Section 1

Le droit français et le droit anglais ne se sont pas opposés à l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation. Malgré la position, dans les deux pays, qui exclut traditionnellement l'Administration de la connaissance des litiges privés, cette fonction a connu un développement notable. C'est au Royaume-Uni que ce développement a été le plus important et le plus ancien.

Les juges européens se sont-ils prononcés sur l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités sectorielles ?

Section 2 — *La position des juges européens*

La question de la compatibilité de cette compétence avec le droit international, que ce soit au titre de l'atteinte au droit de propriété ou encore à celle de la liberté contractuelle¹⁶⁴¹, ne s'est pas posée, ni à Luxembourg ni à Strasbourg.

476. La liberté contractuelle est néanmoins reconnue au niveau européen en droit dérivé et en jurisprudence¹⁶⁴². Elle constitue ainsi une limite au pouvoir de décision de la Commission : « la liberté contractuelle devant demeurer la règle, la Commission ne saurait enjoindre à une entreprise de nouer des relations contractuelles avec une autre entreprise, alors qu'elle dispose de voies appropriées pour imposer aux entreprises la cessation d'une infraction »¹⁶⁴³. Le droit européen, en plus de défendre la liberté contractuelle contre ses éventuelles atteintes, est un promoteur de celle-ci, car elle apparaît bien comme un « vecteur de la réalisation efficace des échanges économiques intracommunautaires »¹⁶⁴⁴. De même, le droit européen complémentaire¹⁶⁴⁵ que constitue la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁶⁴⁶, consacre l'autonomie de la volonté. Pourtant, le juge européen n'a pas eu à se prononcer sur la compatibilité du règlement des différends avec ce principe. Cette

¹⁶⁴¹ Certaines directives imposent d'ailleurs le respect de cette liberté aux autorités de régulation : v. article 41 §1, point I de la directive 2009/73/CE (gaz naturel).

¹⁶⁴² V. C.J.C.E., 5 octobre 1999, Royaume d'Espagne c. Commission, aff. C-240/9 (Recueil, 1999, p. I-06571) : « Il convient, à titre liminaire, de constater que le droit des parties de modifier les contrats qu'elles ont conclus repose sur le principe de la liberté contractuelle et ne saurait, dès lors, être limité en l'absence d'une réglementation communautaire instaurant des restrictions spécifiques à cet égard. » (§99) ; C.J.C.E., 18 juillet 2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, aff. C-277/05, (JO C 211 du 08.09.2007 p.5), spéc. §21 ; T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, Alrosa c. Commission, aff. T-170/06 (JO C 212 du 2.9.2006), §108.

¹⁶⁴³ V. Lamy Droit Economique 2010, n°1628, Limites au pouvoir d'injonction ; V. la décision T.P.I.C.E., 18 sept. 1992, aff. T-24/90, Automec Srl, Recueil II, p. 2223, JCP G 1993, I, n° 3666, p. 159, obs. Boutard-Labarde M.-Ch..

¹⁶⁴⁴ V. Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, préc., spéc. p. 35.

¹⁶⁴⁵ Celui-ci désigne : « Par opposition au droit dérivé et au droit issu des engagements extérieurs de l'Union, qui résultent, l'un et l'autre, de l'exercice par les institutions communautaires de compétences qui leur ont été attribuées par les traités, on est ici en face d'un droit résultant d'accords entre États membres, dans les domaines de compétence nationale retenue. Dans la mesure où leur objet se situe dans le champ ou dans le prolongement des objectifs définis par les traités communautaires ou sur l'Union, ils méritent le nom de « droit complémentaire » et peuvent être considérées comme du droit communautaire ou de l'Union au sens large; mais, du fait de leur régime interétatique, ils entretiennent des relations spécifiques avec l'ordre juridique communautaire » (G. Isaac, M. Blanquet, Droit général de l'Union européenne, Sirey, Coll. Université, 9^e éd., p. 237).

¹⁶⁴⁶ V. Convention de Rome 80/934 CEE du 19 juin 1980 sur la loi application aux obligations contractuelles (J.O.C.E., vol. L 266, 9 Octobre 1980, pp. 1-19), spéc. article 3. V. aussi la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (J.O.C.E., vol. L 299, 31 décembre 1972, pp. 32-42) devenu le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 (J.O.C.E., vol. L 12, 16 janvier 2001, pp. 1-23). Cette convention a donné l'occasion à la Cour de justice de juger que « L'article 17 de la convention du 27 septembre 1968 consacrant le principe de l'autonomie de la volonté, il y a lieu d'interpréter son alinéa 3 de manière à respecter la volonté commune des parties lors de la conclusion du contrat. Il faut dès lors, pour que l'on puisse parler d'une convention attributive de juridiction n'ayant été « stipulée qu'en faveur de l'une des parties », que la volonté commune d'avantager l'une des parties ressorte clairement, soit des termes de la clause, soit de l'ensemble des indices relevés dans le contrat ou des circonstances qui ont entouré la conclusion de celui-ci » (C.J.C.E., 24 juin 1986, Rudolf Anterist contre Crédit lyonnais, aff. 22/85, Rec. 1986, p. 01951). V. Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, préc., n°19, 20 suiv..

compatibilité ne semble toutefois pas problématique puisque le droit européen reconnaît la possibilité de limiter la liberté contractuelle par des dispositions impératives¹⁶⁴⁷.

477. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne reconnaît pas en tant que telle la liberté contractuelle. Cette indifférence s'explique par une « mise à distance voulue par les Pères fondateurs »¹⁶⁴⁸ des droits économiques de la convention. Ceux-ci ne voulurent insérer dans le traité que les droits et libertés effectivement reçus dans l'ensemble des pays membres et faisant l'objet, en tant que tel, d'un large consensus. « D'une manière générale », analyse Pierre-Yves Gahdoun, « la liberté contractuelle demeure encore largement secondaire dans le système de protection mis en place par la cour de Strasbourg. Non pas que la Cour n'ait jamais considéré avec bienveillance les demandes portant sur la liberté contractuelle, elle n'hésite d'ailleurs pas à s'approprier le terme dans ses arrêts malgré le mutisme de la Convention. Mais elle s'attache avant tout à protéger les libertés de fond dont le contrat n'est finalement que le support »¹⁶⁴⁹. On ne peut déduire de cette protection « par ricochet » que la liberté contractuelle est consacrée et défendue en tant que telle par les juges de Strasbourg : « Finalement, dès lors qu'une liberté protégée par la Convention puise sa source dans un contrat — la liberté d'association, le droit de propriété, etc. —, la Cour européenne agrémente sa jurisprudence de considérations propres à la liberté contractuelle. De cela, il ne faudrait pas en déduire une consécration pleine et entière du principe. La jurisprudence évoluera sans doute, mais la liberté contractuelle n'est pas encore – tant s'en faut – une liberté à dimension européenne »¹⁶⁵⁰. Denys de Béchillon est cependant nettement plus optimiste et estime que cette jurisprudence constitue le socle d'une reconnaissance de cette liberté, désormais « solidement ancrée au cœur du dispositif européen »¹⁶⁵¹. Il prophétise aussi que cette liberté prendra certainement une place croissante dans ce droit.

Conclusion du Chapitre 2

Les juges internationaux, de Luxembourg ou de Strasbourg, ne se sont pas opposés à l'émergence d'une fonction administrative de règlement des différends, tout comme d'ailleurs ils ne se sont pas opposés au principe des sanctions administratives.

Une chose est de se demander si le droit constitutionnel autorise une fonction juridique, une autre est de savoir si le droit constitutionnel ne la requiert pas. Autrement dit, étant donné les objectifs constitutionnels que poursuivent certaines législations, ces dernières n'ont-elles pas des bases constitutionnelles ?

¹⁶⁴⁷ V. Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, préc., n°22.

¹⁶⁴⁸ V. S. van Drooghenbroeck, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in *Droit économique et droits de l'Homme*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), 1^e éd., 2009, spéc. p. 27.

¹⁶⁴⁹ V. P.-Y. Gahdoun, *JurisClasseur Civil Annexes, Libertés*, Fasc. 20 : Libertés, Liberté contractuelle, n°26. V. aussi Chitty on Contracts, 30th Ed., § 1-013 ; V. aussi J.-P. Marguénaud, « a) Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *Revue des contrats*, 1 juillet 2009, n° 3, p. 1211.

¹⁶⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁵¹ V. D. de Béchillon, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 52-64.

CHAPITRE III — LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION POSSÈDE-T-ELLE UNE OU DES BASES CONSTITUTIONNELLES ?

Les juges internes et européens encadrent de manière différente la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Cette fonction est acceptée, mais son champ est encadré en France. La question qui peut se poser est celle de savoir si, au contraire, cette fonction contentieuse ne pourrait pas être requise par des principes comme la continuité du service public par exemple.

À l'étude des éventuelles bases constitutionnelles du règlement des différends (Section 1) succédera celle de la fonction coercitive (Section 2). Étant donné l'absence de texte constitutionnel au Royaume-Uni, cette étude sera limitée à la France.

*

Section 1 – Les bases constitutionnelles du règlement des différends

Section 2 – Les bases constitutionnelles des pouvoirs coercitifs

Section 1 — *Les bases constitutionnelles du règlement des différends*

478. La notion de base constitutionnelle permet d'étudier si, en France, des principes de valeur constitutionnelle seraient garantis par la fonction de règlement des différends. Pour paraphraser Georges Vedel, la Constitution serait ainsi « la base nécessaire »¹⁶⁵² du règlement des différends. L'expression « base constitutionnelle » signifie alors que certaines institutions administratives sont imposées par le corpus de principes contenus dans la Constitution¹⁶⁵³.

479. Le règlement des différends naît en effet avec l'ouverture à la concurrence des services publics. Jusqu'alors, c'était aux personnes publiques qu'il incombait la charge d'accomplir le service, d'en assurer la continuité, mais aussi la qualité. Si cette tâche doit maintenant incomber au droit privé et au droit de la concurrence, certaines fonctions vont avoir pour mission de garantir les principes contenus dans la Constitution. C'est ainsi que par exemple, avec le recul de la domanialité publique, il incombe désormais au législateur de prévoir, si celui-ci décide de sortir ces biens du domaine, des régimes spéciaux de manière à ne pas priver de garanties légales certaines exigences constitutionnelles¹⁶⁵⁴.

480. Or, le règlement des différends permet, dans certains domaines, d'assurer l'effectivité de certains droits constitutionnellement garantis. Le domaine dans lequel cette démonstration est la plus évidente est le domaine de l'audiovisuel. On a pu ainsi estimer que « Compte tenu des enjeux que présente l'activité de distribution pour le respect du pluralisme des courants d'expression socioculturels, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, sa libéralisation trouve une contrepartie dans l'attribution au Conseil supérieur de l'audiovisuel de nouveaux pouvoirs de régulation à l'égard des distributeurs. Une procédure de règlement des litiges a ainsi été instaurée »¹⁶⁵⁵. L'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose en effet — mais comme une condition alternative — que la saisine du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut intervenir que « lorsque ce différend est susceptible de porter atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes ». On voit que la loi énumère ainsi un certain nombre d'objectifs à valeur

¹⁶⁵² V. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, n°8, reprod. in *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 129-176, spéc. p. 129.

¹⁶⁵³ V. l'explication de cette expression que fournit Pierre Delvolvé, « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », *R.F.D.A.*, 2002 p. 222 ; V. aussi sur la controverse avec Charles Eisenmann, E. Breen, « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2002 p. 232 ; sur l'histoire de cette théorie v. G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif /1) », *R.F.D.A.*, 2003, p. 218 ; V. enfin l'application de ce raisonnement au domaine public par É. Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1192.

¹⁶⁵⁴ V. par ex. décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public (*Journal officiel* du 23 juillet 1994, p. 10635 ; *Recueil*, p. 96) ; Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, §18 (*Journal officiel* du 3 juillet 2003, p. 11205 ; *Recueil*, p. 382).

¹⁶⁵⁵ V. Lamy *Droit des Médias et de la Communication*, n° 324-88, « les relations entre les éditeurs et les distributeurs de services ».

constitutionnelle (le pluralisme¹⁶⁵⁶, la sauvegarde de l'ordre public¹⁶⁵⁷) et un principe à valeur constitutionnelle, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁶⁵⁸. Les exigences relatives aux services peuvent trouver un relais dans la Constitution à travers les principes d'égalité¹⁶⁵⁹ et surtout de continuité du service public¹⁶⁶⁰.

481. On voit donc ici à quel point le règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel est chargé d'un poids constitutionnel certain. D'ailleurs cette instance, dans sa pratique de règlement des différends utilise ces bases constitutionnelles. Ainsi, dans un différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite, le Conseil constate que la proposition de redevance émise par CanalSatellite menacerait gravement la viabilité économique de la chaîne. Étant donné la qualité de la chaîne, qu'étudie le Conseil, cette proposition aurait donc pour effet de porter atteinte à la qualité et à la diversité des programmes. Or, la qualité et la diversité des programmes sont une composante essentielle du pluralisme. Le pluralisme défend la liberté de choix des téléspectateurs qui sont destinataires de cet objectif et il implique « que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics ne puissent y substituer leurs propres décisions »¹⁶⁶¹.

482. Le pluralisme disposait déjà, pour assurer sa défense, des dispositifs encadrant les opérations de concentrations. Il apparaît bien aujourd'hui, avec la fusion des opérateurs satellite après la fusion CanalSatellite et TPS que le règlement des différends est aussi une garantie du pluralisme en France.

On remarquera, concernant le Royaume-Uni, que le pluralisme constitue un principe protégé aussi par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁶⁶². Il constitue en outre un principe législatif protégé par un dispositif anticoncentration¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁶ V. Le pluralisme est un objectif à valeur constitutionnelle : V. pour la presse les décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (préc.) ; Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse ; V. aussi dans le secteur audiovisuel Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, §11 ; décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, § 9 ; décision n°93-333 DC du 21 janvier 1994, §3.

¹⁶⁵⁷ Il s'agit aussi d'un objectif de valeur constitutionnelle : v. Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, §12 (Journal officiel du 1er août 1989, p. 9679, Recueil, p. 81) ; Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, §16 (Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1154 ; Recueil, p. 170).

¹⁶⁵⁸ Ce principe est affirmé dans le préambule de la Constitution de 1946 et le Conseil constitutionnel l'a érigé en principe à valeur constitutionnelle dans la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, §2 (Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024 ; Recueil, p. 100).

¹⁶⁵⁹ Ce principe dérive du principe d'égalité devant la loi : v. par ex. la décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom ; v. aussi S. Braconnier, Droit des services publics, préc., p. 16.

¹⁶⁶⁰ La continuité du service public a été érigée au rang de principe à valeur constitutionnelle par la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, §1 (Journal officiel du 27 juillet 1979 ; Recueil, p. 33).

¹⁶⁶¹ V. décision n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, §9 (Journal officiel du 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121) ; décision n° 93-333 DC, 21 janvier 1994, §3 (Journal officiel du 26 janvier 1994, p. 1377, Rec. p. 32) ; décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, §11 (Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294, Rec. p. 141).

¹⁶⁶² V. par ex. C.E.D.H., 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, req. n° 5493/72, §49 : « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des

483. Plus difficile est la question de savoir — puisque la plupart des secteurs couverts par le règlement des différends sont des secteurs où les impératifs du service public dominent — à quel point le règlement des différends peut être essentiel à la continuité du service public. L'argument ne porte que si l'on relie les dispositions relatives au règlement des différends avec celles relatives aux mesures conservatoires. Toutes les dispositions en France relatives au règlement des différends comportent un pouvoir de prononcer des mesures conservatoires. Ainsi dans le domaine des communications électroniques, le prononcé de mesures conservatoires ne peut intervenir qu'« en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux »¹⁶⁶⁴. Les mesures conservatoires, dans le cadre du règlement des différends, ont donc bien pour objet de protéger et de garantir la continuité du fonctionnement du réseau. Il est en effet envisageable qu'un différend, en l'absence de procédure rapide, conduise à l'interruption d'un service et nuise par conséquent à la continuité de celui-ci. Mais, l'absence d'un tel pouvoir au Royaume-Uni et la rareté de ces décisions éloignent le règlement des différends de cet auguste principe, loi cardinale du service public.

Conclusion de la Section 1

L'existence de bases constitutionnelles du règlement des différends ne peut être établie avec certitude qu'en France et que dans le secteur de l'audiovisuel. Ici, la base constitutionnelle est le pluralisme. Il est donc difficile de poser une conclusion générale sur ce point. En est-il de même pour les pouvoirs coercitifs des autorités de régulation ?

conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ». V. Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, op. préc., p. 62.

¹⁶⁶³ V. chapitre 5, article 348 suiv. du Communications Act de 2003.

¹⁶⁶⁴ V. l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques ; article 38-I de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; article 16-II-8° de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

Section 2 — *Les bases constitutionnelles des pouvoirs coercitifs*

484. Il semble que seul le domaine de l'audiovisuel permette de corroborer l'existence de bases constitutionnelles du pouvoir de sanction. À l'occasion de l'étude de l'intérêt protégé par les sanctions administratives, Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly notent la particularité des sanctions dans le domaine audiovisuel : « Quant à l'intérêt protégé, il est d'abord à noter que la transgression concerne rarement les valeurs fondamentales (la vie, l'intégrité physique des personnes la liberté d'aller et venir) ; néanmoins, certaines libertés individuelles comme la liberté d'expression et de communication sont parfois visées »¹⁶⁶⁵. Déjà, le Conseil constitutionnel avait estimé de manière générale que la Haute autorité pour la communication audiovisuelle était une « garantie fondamentale » de la liberté de communication¹⁶⁶⁶. Il semble bien qu'il en soit de même pour le pouvoir de sanction.

485. Dans l'audiovisuel, la procédure de sanction a pour objet de faire respecter certains principes de valeur constitutionnelle. Le pouvoir de sanction permet de faire respecter notamment le pluralisme¹⁶⁶⁷ ou la dignité de la personne humaine ou encore certains droits de propriété¹⁶⁶⁸. Le Conseil d'État a ainsi estimé que le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait fait une exacte application de la loi en ordonnant la suspension de l'autorisation d'émettre d'une chaîne dont un présentateur s'était réjoui de la mort d'un policier, « tenant des propos qui constituent une atteinte à la dignité de la personne humaine et à la sauvegarde de l'ordre public »¹⁶⁶⁹. Le Conseil d'État a aussi reconnu la légalité d'une décision du Conseil de restreindre la durée d'une autorisation d'une radio dont les auditeurs avaient tenu des « propos racistes et antisémites »¹⁶⁷⁰.

486. Les pouvoirs de sanction des autorités de l'audiovisuel mettent ainsi en œuvre des droits et libertés de rang élevé, mais, ce faisant, restreignent la liberté d'expression, liberté garantie constitutionnellement, mais aussi conventionnellement par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en son article 10, lequel prévoit bien sûr des dérogations à cette liberté. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le Conseil pouvait restreindre cette liberté, sanctionner les abus commis dans son exercice au nom des objectifs que le législateur lui a assignés¹⁶⁷¹. Le pouvoir de sanction a donc pour objet de concilier l'exercice de ces libertés et

¹⁶⁶⁵ V. Punir sans juger, préc..

¹⁶⁶⁶ V. Conseil constitutionnel, 26 juillet 1984, n°84-173 DC, cons. 3 (Journal officiel du 28 juillet 1984, p. 2496, Rec. p. 63).

¹⁶⁶⁷ V. F.-J. Laferrière, « Pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour faire respecter le pluralisme », A.J.D.A., 2003, p. 745 ; Sylvie Clément-Cuzin, Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, AJDA 2001 p. 111 ; C. Boutin, « Pluralisme et liberté de communication audiovisuelle », Petites affiches, 03 juin 1994 n° 66.

¹⁶⁶⁸ V. pour le droit de propriété intellectuelle : Conseil d'État, 2 décembre 2009, Sté BFM TV, n° 302020, Recueil Lebon p. 484, RFDA, 2010, p. 227 ; Les Petites Affiches, 2010, 237, pp. 5-19, note X. Daverat ; Légipresse, 2010, 272, pp. 29-33, note J. Saint Laurent. Le « le respect de la propriété d'autrui » fait partie des principes que le Conseil supérieur de l'audiovisuel a en charge de faire respecter.

¹⁶⁶⁹ V. Conseil d'État, 20 mai 1996, Société Vortex, n° 167694, Recueil Lebon p. 189. V. aussi Conseil d'État, 30 août 2006, Association Free Dom, n° 276866, inédit, AJDA, 2006, p. 1581 ; RTD civ. 2006. 736, obs. J. Hauser ; V. aussi Conseil d'État, 15 janvier 1997, Sté Serc Fun Radio, n° 155049.

¹⁶⁷⁰ V. Conseil d'État, 9 octobre 1996, Assoc. « Ici et maintenant », n° 173073, Recueil Lebon p. 401.

¹⁶⁷¹ V. les arrêts où celui-ci écarte le moyen : Conseil d'État, 11 février 2004, Société Medya TV, n° 249175, AJDA 2004 p. 1203 ; Conseil d'État, 20 mai 1996, Société Vortex, n° 167694.

de ces droits en sanctionnant les abus. C'est aussi ce qui a été reconnu dans le cas d'Ofcom. Même si, en Angleterre, les principes n'ont pas valeur constitutionnelle, les juges constatent que le pouvoir de sanction d'Ofcom en matière audiovisuelle a pour but de rendre certains droits et libertés de rang élevé plus effectifs.

487. Dans un recours contre une décision d'Ofcom d'engager une procédure disciplinaire contre un présentateur ayant traité un invité de « nazi », le juge Blair conclut que : « dans ces circonstances, et en prenant compte pleinement des droits que le requérant tire de l'article 10 [de la C.E.D.H.], nous considérons que la conclusion à laquelle Ofcom est parvenue est justifiée. Le programme était, sans aucun doute, hautement insultant pour M. Stark et il était également susceptible d'offenser les auditeurs. L'élément essentiel est que, en plus d'être insultant et offensant, ces propos étaient en outre gratuits et dénués de contenu factuel aussi bien que de justification. Prenant en compte le résultat, nous acceptons l'argument de M. Anderson, la décision d'Ofcom ne constitua en aucune manière une interférence importante dans l'exercice de la liberté d'expression du requérant. Restreindre la diffusion de propos insultants n'exprimant aucun contenu ne restreint, et ne devrait pas dissuader, les dialogues échauffés et même choquants, mais qui conservent un contenu pertinent. Aucune sanction ou peine ne fut imposée au diffuseur, et encore moins au requérant. Cet élément est pertinent, mais pas décisif pour la démonstration, car le niveau de la sanction est important pour estimer la proportionnalité de l'interférence dans l'exercice de la liberté d'expression. Les conclusions d'Ofcom, qui ne sont pas contestées par Talksport, que les procédures mises en place pour assurer le respect des règles n'étaient pas suffisamment adaptées pour contrôler la diffusion en direct de contenus problématiques, étaient justifiées et découlaient de la prémisse que le diffuseur avait enfreint les règles [...] du Code, ce que nous considérons comme établi. Pour ces raisons, nous rejetons la demande d'annulation [...] »¹⁶⁷².

488. Les autorités de l'audiovisuel ont donc en charge la conciliation de droits et de libertés et surtout, la sanction des abus dans l'exercice de ceux-ci. De même, Ofcom a mis en place tout un programme pour sanctionner les atteintes à la vie privée, dont la protection est entrée dans le droit anglais avec la loi sur les droits de l'homme de 1998, et que les tribunaux et Ofcom se sont évertués à faire respecter¹⁶⁷³.

489. Concernant aussi le fonctionnement de la démocratie, les deux autorités ont en charge de faire respecter par les chaînes le caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion,

¹⁶⁷² V. Gaunt v Ofcom [2010] EWHC 1756 (QB) (13 July 2010), spéc. §50-52. Traduction de : « In these circumstances, and taking full account of the claimant's Article 10 rights, we consider that Ofcom were justified in their conclusion, the terms of which we have quoted in paragraph 11 above. The broadcast was undoubtedly highly offensive to Mr Stark and was well capable of offending the broadcast audience. The essential point is that, the offensive and abusive nature of the broadcast was gratuitous, having no factual content or justification. In the result, we accept Mr Anderson's submission that the Amended Finding constituted no material interference with the claimant's freedom of expression at all. An inhibition from broadcasting shouted abuse which expresses no content does not inhibit, and should not deter, heated and even offensive dialogue which retains a degree of relevant content. No sanction or penalty was imposed on the broadcaster, let alone the claimant. This is relevant, though not decisive, to our consideration, because it bears on the proportionality of the interference. The fact that the Amended Finding was against the broadcaster does not disentitle the claimant from advancing his claim, but again is of some relevance. Ofcom's finding, unchallenged by Talksport, that the broadcaster's compliance procedures did not appear robust enough to deal with problematic material being broadcast live, was justified and depended on the proposition that the broadcast breached rules 2.1 and 2.3 of the Code, which we consider it did. 52. For these reasons, the claim for *judicial review* fails and is dismissed ».

¹⁶⁷³ V. J. Epworth, « Protecting your private life: the future of OFCOM privacy complaints », Communications Law, 2005, 10(6), pp. 191-196.

pendant et en dehors des périodes électorales. Ainsi que le reconnaît le Conseil d'État, le pouvoir de mise en demeure et de sanction a pour but d'assurer le respect de cet impératif : « considérant que si, pendant les périodes électorales, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut, en application de l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, adresser des recommandations aux exploitants de services de communication audiovisuelle, il lui appartient, en dehors de ces périodes, de veiller au respect, par ces mêmes services, de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion ; qu'à cet effet, les articles 42 et 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 lui permettent d'adresser des mises en demeure et de prononcer, le cas échéant, des sanctions à l'encontre des titulaires d'autorisation »¹⁶⁷⁴. De même, Ofcom assure par ses décisions le respect du pluralisme dans l'expression politique à la télévision¹⁶⁷⁵.

Conclusion de la Section 2

L'existence de bases constitutionnelles des pouvoirs coercitifs des autorités de régulation ne peut être clairement mise en évidence que dans le domaine audiovisuel, domaine dans lequel les autorités administratives compétentes ont en charge la conciliation de principes éminents, souvent à la base de l'ordre politique de chaque État. En dehors de ce domaine, ces bases sont faibles.

L'absence de Constitution au Royaume-Uni rend l'existence de bases constitutionnelles du pouvoir coercitif plus que douteuse. Ce qui n'empêche pas en revanche que les mêmes valeurs, comme le pluralisme, soient aussi protégées dans ce pays.

Conclusion du Chapitre 3

Cette partie doit amener à conclure qu'en dehors de l'audiovisuel, les bases constitutionnelles de l'ensemble des fonctions contentieuses des autorités de régulation sont faibles. Mais son existence impose un traitement. Le pouvoir de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel a ainsi clairement un rôle dans le maintien du pluralisme et des programmes.

Mais cette base constitutionnelle impose-t-elle l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités étudiées ? On peut en douter même si force est de constater que l'attribution de cette fonction à une autorité administrative en assure l'effectivité.

La jurisprudence en tout cas n'impose pas ces pouvoirs et n'impose pas leur attribution à une autorité administrative. Tout ce que l'on peut dire est que ces pouvoirs mettent en œuvre et rendent plus effectifs des droits de rang constitutionnel.

Conclusion du Sous-Titre 2

L'étude de la réaction des juges face à l'attribution d'une fonction contentieuse aux autorités de régulation amène à formuler plusieurs constats.

¹⁶⁷⁴ V. Conseil d'État, 7 juillet 1999, Front National, n° 198357, Recueil Lebon p. 245.

¹⁶⁷⁵ V. par ex. les décisions, Ofcom, Special Live With Jassi Khangura, The Sikh Channel, 2 May 2010, Ofcom Broadcast Bulletin, Issue 164, 23 August 2010, pp. 6 suiv..

D'une part, sur le principe de cette attribution, et alors même que dans les deux pays cette fonction n'est pas traditionnellement un attribut de l'Administration, les juges n'ont pas mis d'obstacle sérieux à cette évolution. Cette conclusion amène toutefois deux nuances. D'abord, les deux pays étudiés ne se situent pas tout à fait sur le même plan, en raison, particulièrement, de l'existence en France d'un contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel français a en effet été amené à limiter la possibilité d'attribuer un pouvoir de sanction à une autorité administrative. Avec, notamment, la décision HADOPI, il crée une réserve de compétence au juge pénal dans le domaine de la répression dont l'objet est l'exercice d'une liberté fondamentale.

La souveraineté du Parlement anglais, que même le Human Rights Act n'est pas venu entamer, interdit une telle restriction. D'autre part, les deux grands types de pouvoirs étudiés (le pouvoir répressif et celui de règlement des litiges ne sont pas à mettre sur le même plan). Il est piquant de constater que dans les deux pays ce pouvoir n'a fait l'objet d'aucune restriction notable. Le Royaume-Uni connaît depuis longtemps une intervention de l'Administration dans le règlement des litiges privés. La France elle, ne connaissait traditionnellement pas une telle ingérence et pourtant le Conseil n'y a pas vu d'empêchement dirimant.

Faut-il en conclure que les principes que l'on croyait établis, issus du principe de séparation des pouvoirs, et qui écartaient l'Administration de la fonction contentieuse, n'avaient en réalité aucun fondement juridique ?

Cette question n'est pas la seule à laquelle il a été tenté de répondre. La fonction contentieuse des autorités de régulation ne peut-elle pas, au contraire, en France, avoir une base constitutionnelle ? Une réponse négative s'est ici imposée. La jurisprudence ne requiert ni la création d'une fonction contentieuse pour protéger certains principes constitutionnels, ni l'attribution de cette fonction à des autorités administratives.

Conclusion du Titre 1

La question de la justification de la fonction contentieuse des autorités de régulation a nécessité de mobiliser deux niveaux d'analyse.

À un premier niveau, c'est la motivation des législateurs qui nous a intéressés. Pour comprendre le développement chronologique de ces pouvoirs, il a d'abord été nécessaire de dresser le panorama juridique dans lequel ils s'insèrent. Concernant les pouvoirs coercitifs, il a été nécessaire d'établir comment le droit envisage, dans chaque système juridique, les pouvoirs de l'Administration dans le cadre d'une autorisation préalable. Les seuls pouvoirs de sanction dont dispose l'Administration sont liés au titre lui-même, son retrait ainsi que sa suspension. Il s'agit d'un régime essentiellement d'exécution et non pas un régime à visée répressive. Dans ce cadre, on constate qu'aussi bien en France qu'au Royaume-Uni, les premiers régimes mis en place sont cohérents avec ces principes. Ce n'est que tardivement que le législateur s'est résigné, à la fin des années quatre-vingts, et, dans les deux pays, dans le domaine audiovisuel, à l'attribution de pouvoirs de sanction pécuniaire (encore en France ce pouvoir avait-il déjà été inauguré par le Conseil de la concurrence).

On observe donc, dans les secteurs étudiés, un renversement du régime juridique lié à l'autorisation préalable, renversement théorisé en *common law* par les théories de la « *responsive regulation* ». Les sanctions dont l'objet porte sur le lien qui unit l'Administration et le titulaire de l'autorisation ne sont plus, qu'en dernier ressort, et exceptionnellement, le retrait et la suspension. Malgré cette convergence on observe une nette différence entre les

deux pays dans l'utilisation de la mise en demeure. La mise en demeure est en France une exigence constitutionnelle qui fait écran à la répression et qui conserve au régime en place, dans les secteurs étudiés, un caractère d'exécution, nettement moins répressif. Même si, au Royaume-Uni aussi, la mise en demeure est utilisée, sans que celle-ci soit requise par le droit, l'établissement de codes, dans le domaine audiovisuel par exemple, rend le prononcé de sanctions pécuniaires beaucoup plus fréquent.

Le règlement des différends a connu une histoire similaire, même si les deux pays sont partis de bases différentes. Au départ, elle n'a pas été théorisée, même s'il est possible d'en comprendre les ressorts à partir des réformes américaines et des théories économiques. Le cas du Médiateur du cinéma, première expression législative de ce pouvoir est à cet égard très intéressant. C'est manifestement l'insuffisance du droit de la concurrence qui a amené le législateur à conférer un pouvoir d'injonction à cette autorité administrative. De même, au Royaume-Uni, le gouvernement conservateur a voulu au départ confier ce pouvoir au directeur général chargé de la concurrence.

Ces origines, modestes, ne doivent par cacher tant l'internationalisation des sources de ce pouvoir (consacré désormais au niveau de l'Organisation mondiale du commerce pour les télécommunications et au niveau européen) que son extension à l'ensemble des secteurs en réseau au Royaume-Uni (avec l'eau notamment) et son débordement en France (au secteur de la propriété intellectuelle par exemple).

À un deuxième niveau d'analyse, il s'est agi de comprendre les motivations d'ordre plus structurel qui expliquent l'essor de cette fonction. Des raisons juridiques et théoriques peuvent être mobilisées. Au titre des motifs d'ordre juridique on trouve des insuffisances concernant à la fois le fond du droit, le droit substantiel (droit des obligations, droit des biens, droit pénal, droit de la concurrence) que des causes d'ordre institutionnel (insuffisances des juridictions, de certaines institutions administratives ou des modes alternatifs de règlement des différends).

Il nous a semblé que les motifs juridiques de fond justifiant l'existence du droit de la régulation tiennent au caractère anticoncurrentiel du droit des contrats et du droit des biens. La libre concurrence semble en effet inconciliable avec les principes qui sont au fondement de ces droits. La possibilité d'exercer une activité économique se heurte à un obstacle juridique majeur lorsque celle-ci est tributaire de la volonté d'une entreprise qui détient un bien (le plus souvent un réseau) nécessaire pour pratiquer cette activité : ces droits n'offrent aucune solution pour forcer l'accès à ce bien. Or, c'est bien l'objet de la fonction de règlement des différends.

Au titre des motifs théoriques, nous avons cherché à montrer l'importance de l'analyse économique du droit comme de certaines théories comme la *responsive regulation* (théories influentes essentiellement aux niveaux européen et anglais) dans ces évolutions. L'analyse économique du droit, en modifiant les fondements de la répression, permet de rendre compte de l'évolution du droit répressif contemporain, évolution que met en évidence l'essor de la répression administrative. Les motifs pratiques seuls ne permettent pas d'expliquer le fondement de l'essor des pouvoirs de sanction de l'Administration, seul un changement du fondement du *jus puniendi* contemporain permet d'en comprendre les ressorts profonds. La *responsive regulation* exprime parfaitement cette évolution. Il ne s'agit plus d'assurer une conformité stricte à la norme, mais de rechercher le niveau de conformité qui permettra d'optimiser l'utilisation du système répressif. De même, l'essor de la sanction pécuniaire correspond parfaitement à l'idéologie du calcul caractéristique de l'analyse économique du droit. Elle permet d'annuler le gain, de rendre la délinquance neutre.

Le deuxième mouvement de cette partie s'est intéressé à la réaction des juges. L'exposé des traditions juridiques de chaque pays qui, ensemble, rejetaient la fonction contentieuse de l'Administration a précédé l'analyse des réactions des juges. L'absence de contrôle de constitutionnalité au Royaume-Uni explique l'absence de réaction des juges face à cette nouvelle fonction. En France, le Conseil constitutionnel a accepté le principe de la répression administrative (tout en contenant la portée de cette attribution) et n'a pas mis d'obstacle au pouvoir de règlement des différends.

Après avoir analysé l'intégration de la fonction contentieuse des autorités de régulation au système juridique anglais et français, il reste à en déterminer clairement les bornes. Il faudra par conséquent, à présent, déterminer clairement le champ de cette fonction, à partir d'une analyse de son produit, c'est-à-dire des différents actes émis par les autorités de régulation dans l'exercice de cette fonction.

TITRE II DÉTERMINATION DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

La détermination de la fonction contentieuse des autorités de régulation a pour but de délimiter clairement le champ de la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans l'exercice de cette fonction. Elle impose d'étudier successivement, pour reprendre les termes de Gérard Timsit, « les notions de Fonction-objet et de Fonction-fin »¹⁶⁷⁶ : cette dichotomie permet à la fois d'étudier les actes des autorités de régulation sectorielle et de comprendre la mission qu'ils poursuivent. Ces deux éléments permettent de délimiter le champ de l'étude.

Ces actes contentieux sont caractérisés par leur diversité. Les autorités sectorielles sont en effet dotées de toute une palette de pouvoirs, qui se traduisent par l'émission d'actes dont les effets, les caractères juridiques sont différents. Du pouvoir de règlement des différends au pouvoir de sanction en passant par celui d'injonction ou encore d'urgence, les autorités sectorielles peuvent émettre des actes d'une grande variété pour répondre aux situations contentieuses qu'elles peuvent rencontrer (Sous-Titre 1).

Cependant, l'unité de cette fonction réside dans la participation de ces actes à l'exercice d'une mission, la mission de régulation sectorielle, dont il faudra énoncer une définition juridique précise. Cette définition juridique permettra de comprendre le rôle que joue la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans l'exercice de la mission de régulation (Sous-Titre 2).

*

Sous-Titre 1 – La diversité des actes

Sous-Titre 2 – L'unité de la mission

¹⁶⁷⁶ V. G. Timsit, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, préc., spéc. p. 22.

SOUS-TITRE I — LA DIVERSITÉ DES ACTES

Pour faciliter l'analyse des différents actes, produits de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, il faut procéder à leur regroupement en deux catégories. Il semble en effet que les autorités sectorielles sont dotées de deux grands types de pouvoirs, irréductibles l'un à l'autre : un pouvoir de règlement des différends, et un pouvoir coercitif.

Le pouvoir de règlement des différends sera précisément défini et délimité pour le distinguer tant des autres pouvoirs des autorités sectorielles que des pouvoirs des autres autorités. Cette définition permettra de montrer l'unité de la notion, dans les pays étudiés (Chapitre 1).

Le pouvoir coercitif des autorités de régulation manifeste, lui, une grande hétérogénéité. Nous justifierons d'ailleurs l'emploi de ce terme. Il se distingue nettement de la fonction de règlement des différends, et justifie donc la dichotomie, en ce qu'il ne nécessite aucune saisine. L'autorité sectorielle peut exercer son office de son propre mouvement (Chapitre 2).

*

Chapitre I – La fonction de règlement des différends

Chapitre II – La fonction coercitive

CHAPITRE I — LA FONCTION DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Il peut sembler au premier abord difficile de systématiser cette notion. L'entreprise se heurte en effet à deux écueils. Le premier tient à la comparaison des droits. L'intérêt de la systématisation tient en effet avant tout à dégager une notion ayant suffisamment d'unité et de spécificité pour qu'un régime juridique particulier puisse lui être appliqué. Est-ce possible dans le cadre d'une analyse de droit comparé ? Mais ici l'analyse de droit comparé est un peu différente dans le sens où les deux systèmes ne sont plus entièrement étrangers l'un à l'autre. La fonction de règlement des différends est mise en œuvre dans les deux pays largement en fonction d'un même droit, le droit européen. Ce droit produit des effets dans les deux systèmes et impose l'application d'un certain régime juridique. De même, le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme produit aussi un effet d'unification dans les deux pays. La systématisation est donc non seulement légitime, mais aussi possible.

La seconde objection tiendrait au fait que chaque législation est indépendante et répond à ses propres logiques. Le règlement des différends présente en effet dans chaque domaine des spécificités qui tentent d'appréhender les particularités de chaque secteur. Aussi toute systématisation n'aurait qu'un intérêt doctrinal et non spécifiquement juridique. Toutefois, l'étanchéité entre les secteurs et les régimes n'est pas totale. Émerge ainsi une conscience que les fonctions de règlement des différends de ces autorités procèdent en réalité d'un même phénomène juridique¹⁶⁷⁷ — encore cette conscience est-elle plus limitée au Royaume-Uni. Il y a certes des divergences certaines entre les secteurs qu'il faudra manifester, mais celles-ci ne remettent pas en question la conclusion fondamentale concernant l'émergence d'une nouvelle fonction juridique administrative ayant une unité et une spécificité propres.

À ces objections s'ajoute une difficulté supplémentaire : l'hétérogénéité des sources. La fonction de règlement des différends est à la rencontre d'une double tendance : à la fois nationale, comme l'attestent, en France, les compétences du Médiateur du cinéma, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet ou du Conseil supérieur de l'audiovisuel et, au Royaume-Uni, celle de la première autorité sectorielle des télécommunications au début des années 1980 ou de l'autorité de l'eau ; et internationale puisque cette fonction est imposée tant par les règles de l'Organisation mondiale du commerce que de l'Union européenne. Cette hétérogénéité des sources rend la construction de cette fonction moins aisée, ne serait-ce qu'en droit européen. Le droit de l'Union européenne produit un effet d'unité, mais perdurent des forces centrifuges. Les textes européens prévoyant une telle fonction sont toujours des directives, norme qui, « par essence [...] suppose en principe l'intervention des autorités nationales en vue de lui faire produire des effets juridiques dans les droits internes des États membres »¹⁶⁷⁸. Cette intervention des autorités nationales laisse par conséquent une marge d'appréciation des autorités nationales pour transposer l'exigence européenne. Ce pouvoir d'appréciation laisse donc une marge de divergence entre ordres juridiques. Les États n'étant liés que par le résultat à atteindre et par ce que Denys Simon appelle « l'« intensité normative » de la directive ». Aussi « la marge

¹⁶⁷⁷ V. par ex. le rapport sénatorial sur le projet de loi créant la future Autorité de régulation des activités ferroviaires et les comparaisons avec l'A.R.C.E.P. et la C.R.E.. (v. Rapport n° 184 (2008-2009) de M. Francis Grignon, Projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports, pp. 90-91.

¹⁶⁷⁸ V. D. Simon, « Directive », Répertoire Dalloz de droit communautaire, n°28.

d'appréciation dont dispose l'instance de transposition [sera-t-elle] en effet inversement proportionnelle au degré de précision du texte de la directive »¹⁶⁷⁹. À cet égard, les textes à l'étude ne sont pas très précis et laissent une marge importante comme le montre Annetje Ottow à partir d'une étude sur l'ensemble de l'Europe¹⁶⁸⁰.

Malgré cette hétérogénéité des sources et les divergences possibles résultant des marges nationales d'appréciation, la définition de la fonction de règlement des différends des autorités de régulation est possible. Elle impose de mobiliser plusieurs critères. Ces critères permettront de délimiter et de définir cette fonction afin de la différencier des autres fonctions des autorités en question, fonctions qui pourraient s'apparenter à celle-ci à première vue. Cette définition manifesterait tant l'unité que la spécificité de la fonction à l'étude.

Le premier critère est l'existence d'un litige. Comme l'affirme Laurent Richer commentant le décret sur la procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel « En déduire qu'on est en présence d'une « quasi-juridiction » n'est que d'une faible utilité, il s'agit d'une figure nouvelle du droit de la régulation, qui, en termes classiques, se présente comme un recours administratif ayant pour objet un litige qui n'est pas forcément administratif »¹⁶⁸¹. On ne peut mieux dire, le premier critère, qui constitue l'essence de cette nouvelle fonction administrative, est bien la résolution d'un litige : un différend doit donc exister (Section 1). Le deuxième critère porte sur l'objet de cette fonction : elle a pour objet de réglementer un contrat relatif à l'accès (Section 2). Enfin, le troisième critère est relatif au produit de cette fonction : l'émission d'une injonction qui est une décision administrative (Section 3).

En somme, la fonction de règlement des différends peut se définir comme un procédé de réglementation qui a pour but de résoudre un différend relatif à l'accès par l'émission d'une injonction.

*

Section 1 – L'existence d'un différend

Section 2 – L'objet de la fonction de règlement des différends : un procédé de réglementation relatif à l'accès

Section 3 – L'émission d'une injonction

¹⁶⁷⁹ V. D. Simon, « Directive », préc., n°39.

¹⁶⁸⁰ V. A. Ottow, « Dispute resolution under the new European framework », contribution présentée au British Institute of International and Comparative Studies (London) dans le cadre d'une recherche dont le thème était « Effective Access and Procedure in Telecommunications Disputes in Europe ». L'Institut avait organisé dans ce cadre un atelier intitulé « Dispute Settlement in the Telecommunications Sector: Reforming National Legal Systems » qui s'est tenu le 30 octobre 2003, spéc. pp. 4-7 (les jurisprudences hollandaise, allemande et françaises sont étudiées).

¹⁶⁸¹ V. L. Richer, « Audiovisuel : publication du décret relatif à la procédure de règlement de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel », in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit (dir.), A.J.D.A., 2006, p. 1697.

Section 1 — *L'existence d'un différend*

Le premier caractère de la fonction de règlement des différends des autorités de régulation est qu'il requiert, pour être mis en œuvre, l'existence d'un différend. Jean-Philippe Thiellay l'affirme quant au Conseil supérieur de l'audiovisuel : « Le C.S.A. doit évidemment vérifier lorsqu'il est saisi par un des acteurs du secteur qu'il existe bien un différend : il ne s'agit pas d'un recours administratif préalable obligatoire, mais il appartient au C.S.A. de vérifier que les conditions de mise en œuvre de la procédure sont réunies. Il n'y a pas d'exigence de « liaison du contentieux » ou de décision préalable, mais il convient de vérifier si les prétentions de l'auteur de la saisine ont été satisfaites ou sont sur le point de l'être »¹⁶⁸². La même exigence se retrouve, naturellement, au Royaume-Uni¹⁶⁸³.

Ce premier critère doit cependant être précisé. D'abord, ce caractère essentiel confère sa physionomie distinctive à cette fonction : il s'agit d'une fonction subsidiaire (§1). Ensuite, l'existence d'un différend, ses qualités, ses caractéristiques devront être définies (§2).

*

§1 – Une fonction subsidiaire

§2 – Les éléments constitutifs du différend

§ 1 — Une fonction subsidiaire dans le processus contractuel

Le caractère le plus évident de la fonction de règlement des différends, tant en droit européen que dans les droits internes est son caractère subsidiaire. La primauté, dans les textes, est accordée à la libre négociation des parties. De surcroît, ce caractère subsidiaire est aussi affirmé par rapport aux autres modes de règlement des différends.

Au total, le caractère subsidiaire de la fonction de règlement des différends doit être analysé à un double niveau : par rapport au processus contractuel (I), par rapport aux autres modes de règlement des différends (II).

¹⁶⁸² V. conclusions de Jean-Philippe Thiellay sous Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336.

¹⁶⁸³ V. par ex. Ofcom, Dispute Resolution Guidelines, Ofcom's guidelines for the handling of regulatory disputes.

La raison du caractère subsidiaire de cette fonction est la priorité affirmée aux relations commerciales. Le droit européen affirme en effet la primauté tant de la liberté contractuelle et du droit de propriété.

490. Les textes européens affirment nettement la priorité qu'ils accordent aux processus contractuels et à la liberté des opérateurs de négocier librement un accord. Les organismes doivent ainsi être « libres de négocier des accords d'interconnexion sur une base commerciale »¹⁶⁸⁴. De ce considérant la Cour de justice des communautés européennes déduit que la directive « compte prioritairement sur les négociations commerciales entre les opérateurs fournissant des services de télécommunications pour atteindre ces objectifs »¹⁶⁸⁵. Ces textes respectent et consacrent, pour la Cour de justice, « une liberté de négocier et de contracter »¹⁶⁸⁶. Non seulement la Communauté s'appuie-t-elle sur la liberté contractuelle, mais en outre elle la garantit puisque la directive dite « accès » emporte la suppression de toutes les entraves légales à la libre négociation de l'accès¹⁶⁸⁷.

491. La primauté des relations commerciales n'obéit pas qu'à une logique juridique, elle obéit aussi à une rationalité économique. Lors de la préparation des directives de 1996 sur les télécommunications le centre de recherche WIK, consulté par la Commission, a identifié deux manières d'assurer l'interconnexion : « alors que la première consistait à s'en remettre à l'intervention de l'autorité de régulation pour rendre l'interconnexion obligatoire afin d'assurer le succès de la concurrence et l'efficacité économique ; l'autre s'y opposait au motif que l'interconnexion obligatoire pourrait empêcher les nouveaux entrants de rechercher des méthodes innovantes de fournir le service »¹⁶⁸⁸. Aussi le compromis entre ces deux logiques consista à « s'assurer que l'interconnexion était toujours disponible, mais en permettant aux nouveaux entrants de négocier librement avec les opérateurs historiques les termes de l'interconnexion »¹⁶⁸⁹. On comprend donc que le respect de la liberté contractuelle du cadre législatif européen n'a pas comme seul but le respect de la liberté, mais cherche

¹⁶⁸⁴ V. considérant 5 de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, préc..

¹⁶⁸⁵ V. C.J.C.E., 13 décembre 2001, *Telefónica de España / Administración General del Estado*, aff. C-79/00 (Recueil, p. I-10075), spéc. §27. V. la confirmation de ce point dans les conclusions de l'avocat général (Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 21 juin 2001, §61 et §74). De manière plus globale, la Commission affirme, dans de nombreux secteurs, la primauté de la liberté contractuelle (V. par ex. Commission européenne, *La politique de concurrence en Europe. Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002, cité par M.-A. Frison-Roche, « Contrat, concurrence, régulation », RTD Civ. 2004 p. 451).

¹⁶⁸⁶ C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj*, aff. C-192/08 (JO C 11 du 16 janvier 2010, p. 3), spéc. §39.

¹⁶⁸⁷ V. art. 3 §1 de la directive 2002/19/CE : « Les États membres veillent à ce qu'il n'existe aucune restriction qui empêche les entreprises d'un même État membre ou de différents États membres de négocier entre elles des accords établissant les modalités techniques et commerciales de l'accès et/ou de l'interconnexion, conformément à la législation communautaire ». Nous utiliserons ici l'expression droit d'accès qui est la plus large et qui comprend l'interconnexion. L'interconnexion est, conformément à la définition donnée à l'article 2, sous b), de la directive 2002/19/CE (dite « accès »), « un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics ».

¹⁶⁸⁸ V. Arthur Andersen, Study prepared for the Commission of the European Communities, DG XIII, « A study on cost allocation and the general accounting principles to be used in the establishment of interconnect charges in the context of telephone liberalisation in the European Communities », spéc. p. 36.

¹⁶⁸⁹ *Ibidem*.

aussi à promouvoir l'innovation et la recherche de la performance par les nouveaux entrants, motivation qu'il pourrait perdre avec une obligation générale d'interconnexion. Cet arrangement est d'ailleurs cohérent avec les préconisations des économistes qui, dans la lignée de Ronald Coase, affirment que les négociations privées peuvent, sous certaines conditions, parvenir à un résultat plus efficace que l'intervention publique¹⁶⁹⁰.

492. Les directives respectent non seulement la liberté contractuelle, mais aussi l'autre droit auquel elles portent pourtant atteinte, qui est le droit de propriété. Comme l'énonce la Cour de justice, « les interventions de l'autorité réglementaire nationale doivent, aux termes du dix-neuvième considérant de la directive « accès », tout en accroissant la concurrence, établir un équilibre entre le droit d'un propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et le droit pour d'autres fournisseurs de services d'accéder à des ressources indispensables pour la fourniture de services concurrentiels »¹⁶⁹¹.

Aussi le cadre européen affirme-t-il et s'appuie-t-il tant sur la liberté contractuelle que sur le droit de propriété.

II — Une fonction subsidiaire par rapport aux autres modes de règlement des différends

La fonction contraignante et administrative de règlement des différends a un champ bien défini par rapport aux autres modes de règlement des litiges. Aussi, le caractère facultatif de cette fonction lui permet-il de ne pas empiéter tant sur le champ des modes alternatifs et non contraignants de règlement des différends (A) que sur les compétences des autorités émettant des actes contraignants (B). La compétence de règlement des différends est ainsi bien délimitée, mais cette articulation est différemment organisée entre les deux pays (C).

A — Par rapport aux modes non contraignants de règlement des différends

La fonction contraignante de règlement des différends n'est pas exclusive du recours aux autres modes de règlement des différends, et particulièrement aux modes informels.

493. Cette possibilité peut être inscrite dans le droit dérivé lui-même. Ainsi, dans le domaine des télécommunications, la directive affirme que : « Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les autorités réglementaires nationales de refuser de résoudre un litige par une décision contraignante lorsque d'autres mécanismes, notamment la médiation, existent et conviendraient mieux à la résolution du litige en temps utile conformément aux dispositions de l'article 8 »¹⁶⁹². Les autres secteurs ne connaissent pas une telle possibilité inscrite dans le droit dérivé.

494. Cette possibilité est prévue en France dans le domaine du cinéma. D'abord l'article 92 dispose que la procédure établie devant le Médiateur du cinéma est « sans préjudice de

¹⁶⁹⁰ R. Coase met comme condition à cela que les coûts de transaction soient nuls, ce qui est une précision capitale (R. H. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44, spéc. pp. 15-16).

¹⁶⁹¹ V. C.J.C.E., 13 novembre 2008, Commission/ Pologne, aff. C-227/07 (Recueil, p. I-8403), spéc. §41. V. le 19^e cons. de la directive « accès ».

¹⁶⁹² V. article 20 §2 de la directive dite « cadre » n° 2002/21/CE, préc.. La directive 2009/140/CE modifiant la directive dite cadre étend cette possibilité à la résolution des litiges transfrontaliers.

l'action publique, et à l'exception des conflits relevant des procédures de conciliation et d'arbitrage professionnelles ». Ensuite, l'économie de l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle manifeste bien que la première étape obligatoire menant à l'injonction est la procédure de médiation. Il en est de même devant la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet dont la procédure est proche de celle du Médiateur du cinéma¹⁶⁹³. De même, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose d'un pouvoir de conciliation, mais la loi précise bien que celui-ci s'exerce, dans le domaine postal, en dehors du domaine couvert par le règlement des différends¹⁶⁹⁴.

Au Royaume-Uni, certaines lois, comme la loi sur la communication, prévoient aussi la possibilité pour l'autorité administrative de se dessaisir si d'autres modes de règlement étaient susceptibles d'apporter au conflit une réponse plus appropriée¹⁶⁹⁵. Le caractère indépendant des deux procédures est encore prouvé par un jugement du Competition Appeal Tribunal. Ce tribunal a en effet jugé que la compétence de l'Office of communications ne dépend pas du fait que les modes alternatifs de règlement des conflits ont été épuisés¹⁶⁹⁶.

Aussi cette fonction ne doit-elle pas empiéter sur le champ des modes contraignants de règlement des différends.

B — Par rapport aux modes contraignants de règlement des différends

Le règlement des différends peut empiéter sur les compétences de nombreuses autorités : tant de l'autorité générale de concurrence que sur celle des juges de droit privé, des arbitres, ou des autres autorités administratives.

495. Comme l'observent Didier Théophile et Étienne Renaudeau « C'est précisément ce pouvoir qui vient brouiller l'opposition traditionnelle entre la régulation de droit commun et les régulations sectorielles »¹⁶⁹⁷. Le système européen se distingue ainsi nettement du modèle américain¹⁶⁹⁸ en ce que le droit de la concurrence s'exerce en Europe concurremment au droit

¹⁶⁹³ V. l'article L. 331-32 et surtout l'article L. 331-35 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁹⁴ V. l'article L. 5-7 du Code des postes et des communications électroniques. Cette compétence existait aussi dans le domaine des communications électroniques, mais elle n'était pas utilisée (v. sur ce point *JurisClasseur Administratif*, fasc. 151, Services postaux, n°80). Il s'agissait de l'ancien article L. 36-9 du code abrogé par l'article 17 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F., n°159, 10 juillet 2004, p. 12483, texte n° 1). V. le comm. Ph. Achilléas, « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en France », *Comm. Commerce électronique*, n° 11, nov. 2004, Étude 37.

¹⁶⁹⁵ V. Communications Act 2003, article 186(3)(c).

¹⁶⁹⁶ V. Competition Appeal Tribunal, *Orange Personal Communications Services Limited v Office of communications* [2007] CAT 36, spéc. §101 : « The fact that OFCOM as a matter of good practice encourages parties to a potential dispute to explore fully the possibility of resolving their differences first, is a very different matter from holding that OFCOM's jurisdiction depends on contractual dispute resolution mechanisms having been exhausted ».

¹⁶⁹⁷ V. D. Théophile, É. Renaudeau, « Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA : Coopération ou concurrence ? », *Concurrences*, n° 3, 2008, pp. 67-75, spéc. p. 68, n°9. V. aussi J. Adda, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, n° 4-2010, pp. 75-84, spéc. p.78.

¹⁶⁹⁸ V. sur ce point, F. Souty, « Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence : Approche comparée des pays du G7 », *Concurrences*, n° 2-2007, pp. 201-208, spéc. p. 203.

sectoriel¹⁶⁹⁹. En Europe, le droit de la concurrence « a un champ d'application matériel illimité au sens où aucun secteur n'échappe à son application »¹⁷⁰⁰, et le droit de la régulation sectorielle n'échappe pas à cette règle. L'illustration la plus parlante du caractère globalisant du droit de la concurrence est l'affaire Deutsche Telekom, de laquelle il résulte que « le fait que l'autorité sectorielle allemande de régulation des télécommunications ait préalablement autorisé les tarifs de Deutsche Telekom pour la période 2001-2003 n'empêche nullement la Commission d'intervenir sur le fondement des règles de concurrence si bien sûr la pratique peut être qualifiée d'abus de position dominante »¹⁷⁰¹. De même, au Royaume-Uni, la loi sur la communication établit clairement le caractère facultatif de la fonction de l'Office of communications¹⁷⁰².

496. On constate aussi une articulation de la compétence de règlement des différends avec l'arbitrage. De manière empirique, on perçoit en France, que certains différends se terminent et sont suivis d'un arbitrage¹⁷⁰³. Au Royaume-Uni, les autorités elles-mêmes tentent d'organiser la combinaison des deux procédures. Il s'agit dans ce pays, dans le cadre de la volonté de mieux réglementer (appelée stratégie « *better regulation* ») de laisser, autant que possible, une place à l'autorégulation¹⁷⁰⁴. Dans le secteur de l'énergie par exemple, Ofgem a établi quels différends devraient lui être présentés et lesquels pourraient être mieux résolus en recourant à l'arbitrage¹⁷⁰⁵. Il a même été jugé par la Court of Appeal que le recours à l'arbitrage entre le gestionnaire du réseau d'électricité et un producteur n'était pas empêché par l'existence d'un mécanisme de règlement des différends devant l'autorité sectorielle¹⁷⁰⁶.

¹⁶⁹⁹ V. J.-J. Biolay, *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, « Fasc. 142 : Droit de la concurrence appliqué aux communications électroniques », n°6 et n°33 suiv. (pour le contentieux relatif à l'accès aux facilités essentielles).

¹⁷⁰⁰ V. Lamy *Droit Economique*, 2010, n°935 (« Champ d'application matériel »).

¹⁷⁰¹ V. Lamy *Droit Economique*, 2010, n°1578 (« Autorités de concurrence et autorités sectorielles de régulation »).

¹⁷⁰² V. *Communications Act de 2003*, article 187.

¹⁷⁰³ Entretien avec Me Olivier Freget, 4 juin 2008. Certains règlements des différends se terminent aussi par des transactions. Le différend Mobius est exemplaire à ce titre. On constate dans les décisions de l'ARCEP, une saisine, une demande de mesure conservatoire rejetée (décision n° 04-0520 du 15 juin 2004) et un désistement de la société Mobius (décision n° 04-0595 du 13 juillet 2004). Mais ensuite, on peut lire dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris que : suite aux litiges « survenus sur les conditions financières de fourniture de ces prestations, les parties ont conclu le 5 juillet 2004 un protocole d'accord transactionnel réglant leurs différends passés et définissant leurs relations commerciales pour le futur » (1^e ch., Section H, 11 février 2009, Société Mobius c. Société France Télécom, n° RG 05/16941).

¹⁷⁰⁴ V. sur ce point le rapport très complet : I. Bartle, P. Vass, *Self-Regulation and the Regulatory State- A Survey of Policy and Practice*, Centre for the study of Regulated Industries (CRI), Research Report, 17.

¹⁷⁰⁵ V. G. Bellantuono, « The Limits of Contract Law in the Regulatory State », *préc.*, p. 13.

¹⁷⁰⁶ V. *National Power plc v National Grid Co plc*, [1998] All ER (D) 347 : « Although the court accepted that the statutory background and contractual context were of great importance in construing the words of particular contractual provisions, including the ambit of a provision for arbitration, and it accepted that the structure and terms of the agreement between the parties as governed by the MCUSA were part of an overall statutory scheme principally administered and enforced by the director as the responsible regulator, nonetheless, the primary obligation of payment of contractual charges as between the parties was contained in a bilateral contract made between them pursuant to which the entitlement of the defendant to make charges was limited to the extent permitted by the licence. In those circumstances, the court had to have regard to the provisions of the charging rules and the licence to see what the basis of the charges should be and to characterise the nature of the dispute proposed to be referred to arbitration under cl 26. Accordingly, treating the matter as a question of the true construction of cl 26, the dispute fell to be determined by the arbitrator and he had jurisdiction to determine the questions of overcharging referred to him by the plaintiff ».

La fonction de règlement des différends s'inscrit donc dans un paysage juridique préexistant qui lui impose de se faire une place et de ne pas empiéter sur le champ de compétence des modes contraignants et non contraignants de règlement des différends. On constate à cet égard une différence notable d'articulation entre la France et le Royaume-Uni.

C — L'articulation des compétences est différente en France et au Royaume-Uni.

Alors que le droit français ne voit pas d'obstacle à un chevauchement des compétences (1), le droit anglais, lui, tente, dans chaque cas, de privilégier la voie la plus appropriée (2).

1 — Le droit français : une application concurrente

497. En France, le droit interne affirme le caractère facultatif de la fonction de règlement des différends. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il noté que : « la saisine de l'Autorité par l'une ou l'autre des parties est facultative ; qu'au cas où les opérateurs n'auraient pas choisi de saisir l'Autorité de régulation, les litiges seront portés selon le cas, soit devant le Conseil de la concurrence et, en cas de contestation, devant la Cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat »¹⁷⁰⁷. Aussi la compétence des régulateurs sectoriels n'est-elle pas exclusive des compétences tant de l'autorité de concurrence que du juge, ce qui peut provoquer des phénomènes visibles de « forum shopping »¹⁷⁰⁸.

498. La loi est intervenue dans certains domaines pour aménager l'articulation des différentes voies de droit¹⁷⁰⁹. Dans le domaine du cinéma, l'articulation des compétences est aujourd'hui fixée, après avoir posé cependant quelques difficultés. La lettre de l'article 92 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle, au présent de l'indicatif, semble établir le caractère exclusif de cette procédure : « sont soumis à une conciliation préalable les litiges relatifs à la diffusion en salle des œuvres cinématographiques ». Toutefois, La Cour de cassation a neutralisé cette disposition en jugeant que « c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu que l'article 92 précité, qui ne confère d'effet suspensif à la saisine du médiateur du cinéma qu'à l'égard des procédures engagées devant le Conseil de la concurrence, est sans effet sur les actions portées devant les juridictions judiciaires compétentes pour statuer directement sur les litiges mettant en cause la législation relative à la concurrence »¹⁷¹⁰. Il résulte de cet arrêt que la compétence du Médiateur s'exerce concurremment à celle des juges civils. En revanche, la loi dispose que la saisine de celui-ci suspend « toute procédure devant

¹⁷⁰⁷ Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC (J.O.R.F. du 27 juillet 1996, p. 11400 ; Recueil, p. 99), § 23.

¹⁷⁰⁸ V. à cet égard la succession de deux décisions (mais contre des opérateurs différents) : France Télécom a d'abord saisi l'Autorité de régulation des télécommunications de pratiques discriminatoires qu'aurait mis en œuvre Télécom Développement. Débouté de sa demande (A.R.T., Décision n° 98-416 du 24 juin 1998 relative au refus de prononcer une sanction, J.O.R.F. n°176 du 1 août 1998, p. 11828) par cette instance, elle a ensuite saisi le Tribunal de commerce pour tenter de sanctionner les mêmes pratiques, mais mis en œuvre cette fois par Cégétel, mais aussi de manière infructueuse (Tribunal de commerce de Nanterre, 5^e ch., 14 janvier 2003, S.A. Orange France c. S.A. Cégétel Entreprises, aff. 2001F01609).

¹⁷⁰⁹ V. par ex. dans le domaine ferroviaire l'article 16-I de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires (« L'autorité ne peut intervenir au titre du présent I lorsqu'une procédure est engagée devant une juridiction »).

¹⁷¹⁰ V. Cour de cassation, com., 20 mars 1990, n° 88-15373, Société Warner Bros (Transatlantic) Inc.

la commission de la concurrence pendant une période maximale de trois mois »¹⁷¹¹. Dans les autres secteurs en revanche, les droits sectoriels et le droit de la concurrence s'exercent concurremment. La loi n'intervient que pour prévenir le risque de contrariété de décision, mais pas de cumul. Comme le dit bien l'ancien Conseil de la concurrence à propos de l'articulation de ses compétences avec celle de l'ancienne Commission de régulation de l'électricité issue de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité : « Des risques de contrariété entre les décisions du Conseil et de la CRE existent : l'autorité de régulation pourra par exemple avoir à connaître d'un refus d'accès, qui constitue un litige entre opérateurs, mais qui peut aussi constituer une pratique anticoncurrentielle (abus de position dominante). [...] Le même comportement peut donc être qualifié, sur deux fondements différents. La dualité de saisine pourrait aussi aboutir à des divergences d'analyse sur les marchés pertinents et la position des opérateurs sur le marché. Pour prévenir de telles situations, l'article 37 de la loi n° 2000-08 du 10 février 2000 prévoit une coopération entre les deux autorités analogues à celle instituée par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications »¹⁷¹². Les dispositions législatives en question instaurent des mécanismes de saisine pour avis réciproques des autorités sectorielles et de l'autorité générale de concurrence afin d'éviter les risques de contrariété¹⁷¹³. Mais dans tous les cas on observe une concurrence des procédures, le requérant pouvant choisir la voie de droit qu'il souhaite utiliser, et ces voies de droit pouvant d'ailleurs se cumuler.

499. Malgré ce constat, la compétence des autorités sectorielles ne peut empiéter sur celle du juge, spécialement du juge des contrats. La Cour d'appel de Paris juge ainsi que la « Commission de régulation de l'énergie a formulé une injonction illégale en décidant que la société « versera à R.T.E. » les arriérés et elle annule la décision de la CRE sur ce point au motif qu'« une telle décision, qui ressortit au juge du contrat, est étrangère à sa mission de régulation » »¹⁷¹⁴. De plus, les autorités de régulation veillent à déclarer irrecevable toute demande visant à sanctionner une pratique anticoncurrentielle¹⁷¹⁵ ou attribuer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice¹⁷¹⁶. Chaque voie de droit conserve donc sa compétence

¹⁷¹¹ Article 92§3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, préc..

¹⁷¹² V. Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2000, spéc. « Troisième partie - Études thématiques, n°6, Marchés de l'énergie : premières manifestations de l'ouverture ».

¹⁷¹³ V. ainsi l'avis de Sabine Naugès : « En France, le contrôle des autorités de régulation et du Conseil de la concurrence se complète et se superpose. Parfois, leurs décisions se contredisent, au risque d'une insécurité juridique largement critiquée par les opérateurs des différents marchés régulés » (« L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », A.J.D.A., 2007, p. 672). V. aussi D. Théophile, É. Renaudeau, « Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA : Coopération ou concurrence ? », préc. : ces auteurs montrent que la concurrence entre les différentes autorités fait peser des risques de « forum shopping ».

¹⁷¹⁴ L. Richer, « Electricité : pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie et notion de "point de raccordement" au réseau », l'arrêt cité est Cour d'appel de Paris, 25 janvier 2005, Société Cerestar France, RG 04/12111, in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », sous la dir. de L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, A.J.D.A., 2005, p. 1216 ; M. Sénac de Monsebernard, « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », Droit Administratif, n° 4, avril 2005, comm. 58 ; T. Tuot, « La Cour d'appel juge que la CRE n'a pas le pouvoir d'adresser à un utilisateur du réseau une injonction de conclure un contrat », in Concurrences, n° 2, 2005, n° 1203, pp. 98-100 ; M.-A. Frison-Roche, « La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir (CA Paris, 1re ch., sect. H, 25 janv. 2005, Cerestar France) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 111-112.

¹⁷¹⁵ V. Commission de régulation de l'énergie, 27 mai 2004, SARL De La Torre c. Électricité de France (J.O.R.F., n°163, 16 juillet 2004, texte n° 73).

¹⁷¹⁶ V. les décisions de la C.R.E. des 6 mai 2004, Safhloa c. EDF (J.O.R.F. n°144, 23 juin 2004 p. 11419, texte n° 92) ; 3 juin 2004, Société Pouchon Cogen c. EDF (J.O.R.F. n° 209, 8 septembre 2004, p. 15810, texte n° 39) ;

dans son champ particulier. De même, les compétences de la Commission de régulation de l'énergie et du juge administratif en matière de travaux publics s'exercent aussi parallèlement¹⁷¹⁷, sur le fondement que, « alors même que les faits à la base des deux procédures sont les mêmes, la cause juridique en débat n'est pas identique : devant le Tribunal administratif de Melun, c'est le bien-fondé de la créance de l'auteur des travaux publics qui est en cause ; devant la CRE, c'est le traitement d'une question connexe à l'accès au réseau [...] qui est en débat »¹⁷¹⁸. Toutefois, l'autorité de la chose jugée par un tribunal s'impose à l'autorité administrative. C'est ainsi qu'en a jugé la Commission de régulation de l'énergie : « l'autorité de la chose jugée [...] s'oppose à ce qu'elle puisse, dans le cadre de sa compétence de règlement de différend [...], connaître d'un différend ayant fait l'objet d'une décision juridictionnelle revêtue d'une telle autorité. Elle ne peut, dans ces conditions, se prononcer sur la demande de M. Pestka, dès lors que celle-ci est en tout point identique à celle sur laquelle la Cour d'appel de Douai et les premiers juges se sont déjà expressément prononcés, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée dont est revêtu l'arrêt de la Cour du 7 juin 2001, et, pour la partie confirmée par cet arrêt, le jugement du Tribunal de grande instance de Cambrai du 16 décembre 1999 »¹⁷¹⁹. L'autorité de chose jugée peut donc faire échec à certaines demandes de règlement des différends.

2 — *Le cas anglais : le choix du remède le plus approprié*

500. Les différentes autorités exercent donc concurremment leurs compétences en France. Ce n'est en revanche pas de la même manière que la situation est envisagée au Royaume-Uni. Est une règle générale en droit anglais que « que lorsque la loi prévoit une voie de recours, elle exclut implicitement les autres »¹⁷²⁰. Marcus Lefébure cite à l'appui de cette affirmation, les propos de Lord Tenterdon, « Là où une loi crée une obligation et prévoit son exécution d'une

4 juin 2004, Clariant Huningue c. SAEML Hunélec (J.O.R.F. n°185, 11 août 2004, texte n° 76) cités par T. Tuot, « La jurisprudence 2004 de la CRE en matière de règlement de différends poursuit la promotion des objectifs du régulateur (SINERG, EDF...) », *Revue Concurrences*, 2005, n°1, spéc. p. 122. La Commission n'est pas non plus compétente pour « condamner au paiement des intérêts au taux légal sur le fondement des dispositions de l'article 1153-1 du code civil, qui ne concernent que les intérêts dus en cas de condamnation par un jugement » (Commission de régulation de l'énergie, 25 mai 2004, Réseau de transport d'électricité (RTE) c. Société Cerestar France (J.O.R.F., n°163 du 16 juillet 2004, texte n° 72). V. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 janvier 2005, n°04/12111, Société Cerestar c. E.D.F. (préc.) qui fait le part entre les pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie et le juge du contrat. La Commission ne peut ainsi enjoindre à une partie à payer des pénalités contractuelles, compétence exclusive du juge du contrat (v. le comm. de M. Sénac de Monsembernard, « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », préc.).

¹⁷¹⁷ V. l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 février 2004, É.D.F. c. Société SINERG, n°2003/10671 : « Mais considérant que si cette loi [la loi du 28 pluviôse an VIII] confère au juge administratif une compétence exclusive pour connaître du contentieux contractuel et extra-contractuel en matière de travaux publics, celle modifiée du 20 juillet 2000, organisant une compétence complémentaire, a institué une autorité administrative indépendante, la Commission de régulation de l'énergie, ayant pour attribution de préciser les conditions d'ordre technique et financier du règlement des différends entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ou de gaz, liés à l'accès auxdits réseaux ou à leur utilisation ; Considérant qu'il s'ensuit que l'instance pendante devant le Tribunal administratif de Melun ne faisait pas obstacle à ce que la Commission usât des pouvoirs qu'elle tient des dispositions susvisées ». V. le comm. G. Bouquet, S. Beauvillard, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie, préc..

¹⁷¹⁸ V. T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, n°616, janvier 2005, pp. 1-11, spéc. p. 2.

¹⁷¹⁹ V. Commission de régulation de l'énergie, 5 juin 2003, M. Michel Pestka c. EDF (J.O.R.F., n°300 du 26 décembre 2004, texte n° 131).

¹⁷²⁰ V. M. Lefébure, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, préc., p. 157.

manière spécifique, nous considérons comme une règle générale que l'obligation ne peut pas être exécutée d'une autre manière »¹⁷²¹. Aussi le droit anglais va-t-il tenter, autant que possible, d'éviter la concurrence des procédures aussi bien dans l'articulation entre droit de la concurrence et droits sectoriels que dans celle des droits sectoriels et des autres voies de droit générales¹⁷²².

501. Le droit sectoriel tend ainsi à avoir, dans ce pays, un caractère « impérialiste ». En effet, concernant l'application du droit de la concurrence, le droit anglais va, en pratique, tendre à privilégier la solution la plus efficace pour éviter la multiplication des procédures. Si les autorités sectorielles sont aussi autorités de la concurrence (à l'exception de l'autorité du secteur postal), c'est-à-dire qu'elles appliquent les prohibitions issues du droit européen et celles contenues dans la loi sur la concurrence de 1998¹⁷²³, les autorités sectorielles et l'autorité générale s'entendent en général et, le cas échéant, se dessaisissent au profit de l'une ou l'autre autorité pour éviter une double poursuite¹⁷²⁴. De plus, les autorités sectorielles vont essayer d'utiliser, en fonction des cas, l'outil le plus approprié pour répondre au besoin concret du requérant¹⁷²⁵. Du reste, la loi peut parfois en disposer ainsi : la loi sur la communication de 2003 établit ainsi une étanchéité des deux procédures pour éviter une utilisation concurrente des deux droits¹⁷²⁶. Le droit de la concurrence ne sera pas privilégié dans la plupart des cas, car il impose une procédure très lourde et onéreuse d'enquête¹⁷²⁷. Mais ce n'est pas le cas en France où des questions d'accès ont pu être traitées aussi par le droit de la concurrence¹⁷²⁸.

502. Concernant les autres voies de droit, il est probable que la même conclusion puisse être formulée concernant le Royaume-Uni. Les textes peuvent établir des règles de conflits. Ainsi, la loi sur la communication de 2003 permet aux juridictions d'ordonner la suspension du règlement des différends devant l'Office of communications¹⁷²⁹.

503. La jurisprudence peut être divisée suivant deux hypothèses. La première hypothèse que la jurisprudence est venue étudier est celle d'une concurrence d'application entre le droit de la responsabilité et le droit sectoriel, autrement dit entre le *common law* et le droit législatif. Les

¹⁷²¹ V. *Doe v. Bridges*, (1831) 1 B. & Ad. 847. La traduction est de Marcus Lefébure.

¹⁷²² V. R. Whish, *Competition Law*, préc., pp. 970 suiv..

¹⁷²³ V. *Competition Act 1998*. Cette loi constitue le droit interne de la concurrence au Royaume-Uni.

¹⁷²⁴ Les articles 54(4), (5) et (6), 71 du *Competition Act* confèrent au Secrétaire d'État la compétence pour réglementer l'articulation des compétences entre autorités sectorielles et générale (v. le *Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004/1077*). Ce règlement a mis en place un *Concurrency Working Party* pour régler ces problèmes de chevauchement de compétences. Certains auteurs revendiquent l'efficacité d'un modèle où les autorités sectorielles et l'autorité générale de concurrence appliquent concurremment ce droit : V. Maher M. Dabbah, « *The Relationship Between Competition Authorities And Sector Regulators* », *Cambridge Law Journal*, 70(1), March 2011, pp. 113–143.

¹⁷²⁵ V. par ex. dans le domaine de l'eau, Ofwat a publié un document dans lequel il établit les critères qu'il utilisera pour choisir la méthode la plus appropriée (droit de la concurrence ou droit sectoriel) pour résoudre le cas qui lui est soumis (« *Competition Act 1998: Application in the water and sewerage sectors* »).

¹⁷²⁶ V. l'article 317 du *Communications Act* de 2003 et l'interprétation qu'en fait l'Office of communications, « *Guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes about breaches of conditions imposed under the EU Directives* », July 2004, p. 6, n°23-28.

¹⁷²⁷ V. le document publié par Office of communications, « *Guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes about breaches of conditions imposed under the EU Directives* », July 2004, p. 8, §37. V. aussi dans le même document

¹⁷²⁸ V. par ex. Conseil de la concurrence, 7 novembre 2005, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, n°05-D-59.

¹⁷²⁹ V. article 187(3) du *Communications Act* de 2003.

juges se sont en effet trouvés face à une situation où le client d'une entreprise d'eau a intenté une action en responsabilité (pour le chef de *nuisance*¹⁷³⁰) contre une entreprise en charge des égouts, afin de se faire indemniser des inondations répétées de sa propriété du fait des remontées d'eau souillée. La Chambre des Lords a jugé à cette occasion que le système législatif mis en place par la loi sur l'eau de 1989 faisait échec à l'application du droit de la responsabilité de *common law*¹⁷³¹. L'ample encadrement législatif de l'activité de ces entreprises rend premièrement la question non justiciable des tribunaux¹⁷³². Deuxièmement, les autorités sectorielles anglaises sont dotées de beaucoup plus de compétences que leurs homologues françaises dans la réglementation du secteur et elles ont en charge notamment l'instruction des plaintes des consommateurs contre les entreprises du secteur de l'eau. Il en est de même dans l'autre hypothèse où il s'agit d'aménager l'articulation entre deux mécanismes législatifs. La question s'est ainsi posée de l'articulation des pouvoirs de l'autorité sectorielle des chemins de fer (justement dans le cadre du règlement des différends) et de ceux de l'administrateur judiciaire de l'opérateur du réseau ferré¹⁷³³. Dans cette décision, l'autorité sectorielle (Rail Regulator) avait été saisie d'une demande de règlement de différend pour enjoindre l'opérateur Railtrack à ouvrir son réseau et donc d'accepter un contrat d'accès. Les administrateurs judiciaires s'opposèrent à certaines stipulations de ce contrat, avançant que la loi gouvernant les procédures collectives, le Insolvency Act de 1986, en son article 11 (3) (b), disposait que pendant la durée de la procédure collective « aucune autre mesure » ne pouvait être engagée contre cette entreprise sans l'accord de ceux-ci. La question qui se posait donc était de savoir si la disposition législative en question étendait la compétence d'autorisation des administrateurs aux décisions de l'autorité sectorielle. La Cour d'appel considéra dans cette affaire que le droit sectoriel et la compétence du régulateur l'emportaient sur celle des administrateurs. Les juges établirent que la disposition en cause de la loi de 1986 sur les faillites n'avait pas d'effet sur la compétence de règlement des différends de l'autorité sectorielle en vertu de l'article 17 du Railways Act de 1993. L'article 4 de la loi de 1993 impose en effet à l'autorité sectorielle d'exercer ses pouvoirs de manière à assurer l'efficacité et l'effectivité du système ferroviaire du pays. Cette autorité, relèvent les juges, est donc mieux placée que les administrateurs judiciaires pour évaluer les intérêts globaux du réseau ferré¹⁷³⁴.

¹⁷³⁰ V. la définition suivante de ce tort : « Nuisance is an act or omission which is an interference with, disturbance of or annoyance to, a person in the exercise or enjoyment of (a) a right belonging to him as a member of the public, when it is a public nuisance, or (b) his ownership or occupation of land or of some easement, profit, or other right used or enjoyed in connection with land, when it is a private nuisance » (Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., n°20-01).

¹⁷³¹ Le terme *common law* doit s'entendre ici en opposition à *statutory law* c'est-à-dire au droit légiféré. Il s'agit des principes jurisprudentiels de *common law*. V. *Marcic v Thames Water Utilities Ltd*, 4 December 2003, [2004] 2 A.C. 42

¹⁷³² V. H. Wilberg, « Public resource allocation, nuisance and the Human Rights Act 1998 », *Law Quarterly Review*, 2004, pp. 574-579. Pour cet auteur, commentant la décision, « In their Lordships' view, however, the fairness of Thames Water's scheme of priorities was not for the courts to assess, because the matter was not justiciable and because Parliament had assigned that responsibility to the Director (at [38]; also [70]-[71]) » (p. 576).

¹⁷³³ V. *Railtrack Plc (In Administration) (n° 2)* [2002] 1 W.L.R. 3002 ; U.L.R. 2003, 13(3), 101-102. V. G. Marcou, « Régulation et service public Les enseignements du droit comparé », in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, préc., tome 1, p. 16-17.

¹⁷³⁴ Voici le dispositif de la décision : « Held, allowing the appeal, that s.11(3)(d) of the 1986 Act did not cover a determination by the Rail Regulator of an application made under s.17 of the 1993 Act. The phrase "other proceedings" was to be treated as applying to proceedings which were either legal or quasi legal proceedings such as arbitration, *Bristol Airport Plc v Powdrill* [1990] Ch. 744 applied. However, under s.4 of the 1993 Act,

504. De manière générale, le *common law* pense en termes de remède à une situation concrète : la voie de droit (que l'anglais appelle justement remède, *remedies*) choisie doit donc être la plus adaptée à la résolution du problème. Il ne s'agit donc pas, comme en France, d'appliquer le droit en fonction des ordres juridiques concernés (pénal, administratif, civil) qui peuvent ainsi se chevaucher et apporter chacun leur réponse au « fait générateur » concerné en fonction des multiples qualifications légales possibles (infractions pénales, administratives, préjudice). Pragmatique, soucieux de la meilleure allocation possible des deniers publics et de l'application de la règle juridique la plus précise à l'exclusion de toute autre, le *common law* peut par contre être injuste.

Conclusion du § 1

L'existence d'un différend donne son premier caractère au pouvoir de règlement des différends dont sont dotées les autorités sectorielles : il s'agit bien d'une fonction subsidiaire. Ce caractère subsidiaire ressort à un double titre : d'une part par rapport au processus contractuel, et d'autre part, envers les autres modes de règlement des différends. Les textes européens et internes laissent la primauté au processus contractuel. C'est d'abord aux parties de négocier et ce n'est qu'en cas d'échec que l'autorité administrative pourra intervenir, à la demande d'une partie. Cet élément de subsidiarité (par rapport aux relations contractuelles) se prolonge par un autre élément : le caractère facultatif de ce pouvoir par rapport aux pouvoirs des autres autorités de règlement des différends (modes alternatifs non contraignants ou modes contraignants, représentés essentiellement par le juge et l'autorité de concurrence).

Il s'agit à présent de définir précisément les éléments constitutifs de ce différend.

§ 2 — Les éléments constitutifs du différend

Le différend caractéristique de la fonction étudiée peut être défini précisément en analysant quatre éléments : la cause (I), les caractères (II), les parties (III) et le domaine du différend (IV).

the Rail Regulator was required to exercise his powers in a way that furthered the national and public interest in having an efficient and effective railway system. Thus, it was necessary for the Rail Regulator to consider the interests of the users of railway services in exercising his powers under s.17 of the 1993 Act. The fact that the Rail Regulator was compelled to take s.4 considerations into account which may be irrelevant to the parties was totally inconsistent with his role being likened to that of a judge or arbitrator. Moreover, in the light of his statutory responsibilities, the Rail Regulator was better placed to make an overall assessment of what was in the interests of the rail network than the railway administrators or even the court. In exercising his powers under s.17 of the 1993 Act, the Rail Regulator performed a broader role than that performed by a judicial or quasi judicial decision maker. A s.17 determination was not reached as a result of a "legal process" against the company. It would be to turn the Rail Regulator's role on its head to make him subject to the consent of a body, namely the railway administrators, who it was his responsibility to regulate while the administration continued. The Rail Regulator's role over the whole rail network, including a company in administration, remained the same regardless of a railway administration order ».

505. La particularité du conflit qui donne naissance au différend devant les autorités de régulation est qu'il s'agit d'un conflit créé, suscité par les législateurs, européen ou internes : le conflit entre une liberté première et l'octroi, pour favoriser la concurrence, d'un véritable droit subjectif, car opposable¹⁷³⁵, le droit d'accès¹⁷³⁶. Et, comme le dit Jean Carbonnier : « les droits subjectifs, avant tout, sont faits pour vivre, pour être réalisés : ce n'est qu'ainsi qu'ils procureront à leur titulaire les jouissances qu'ils lui promettaient et qu'ils contenaient potentiellement »¹⁷³⁷.

506. Le droit de l'Union européenne affirme la primauté de la liberté des parties, mais il assortit cette affirmation d'un droit de nature à restreindre considérablement la portée de la liberté : le droit d'accès qui se traduit par une obligation de négociation¹⁷³⁸. La Cour de justice

¹⁷³⁵ V. la même interprétation in L. Boy, « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications (réflexions contributives à la notion de régulation) », in Rapport intermédiaire au GIP « Droit et Justice » du Ministère de la justice, Juillet 1999, p. 10. Il est en effet possible de définir ainsi le droit subjectif : « Le droit subjectif est la prérogative individuelle que la personne-sujet de droit tire de la règle de droit objectif » (J.-L. Aubert, É. Savaux, Introduction au droit, Sirey, Coll Université, 12^e éd., 2008, n°184). F. Terré associe lui aussi le droit subjectif et la notion de prérogative. V. aussi la définition de Michel Villey à partir de l'analyse de Hobbes : « le droit subjectif désormais sera davantage que permission conférée par la loi morale, c'est une « faculté » rendue effective par la force réelle de l'État » (Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit, Dalloz, Coll. Bibl. Dalloz, 2001, pp. 107-108). Le droit anglais est quant à lui très réticent envers l'idée de droits subjectifs suivant l'adage *remedies precede rights* (v. sur cette réticence G. Samuel, « Le Droit Subjectif and English Law », 46 Cambridge Law Journal 264 (1987)), adage qui exprime la concentration du *common law* sur la procédure plutôt que sur les droits substantiels (v. R. David, C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, préc. pp. 231-232 ; S. Guinchard et alii, Droit processuel, préc., p. 778 et la bibliographie aux notes 1 à 4 ; G. Samuel, Common Law, p. 154 in The Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. J. M. Smits, Edward Elgar Publishing, 2006). Le droit était considéré en effet en *common law* comme un système de recours dans des cas individuels : comme l'exprime un juge « In the pragmatic way in which English law has developed, a man's legal rights are in fact those which are protected by a cause of action'. And it 'is not in accordance, . . . with the principles of English law to analyze rights as being something separate from the remedy given to the individual'. For, 'in the ordinary case to establish a legal or equitable right you have to show that all the necessary elements of the cause of action are either present or threatened' (Sir Nicolas Browne-Wilkinson, Kingdom of Spain v Christie, Manson & Woods Ltd [1986] 1 WLR 1120, 1129). Toutefois la conception française du droit subjectif n'est pas en opposition avec cet adage puisque la définition du droit subjectif comprend bien la possibilité de le faire valoir devant un tribunal. Comme l'explique Élisabeth Zoller commentant justement cet adage : « les actions en justice précèdent les droits, ou encore il n'y a de droits, de véritables droits, que si l'on dispose d'une voie de droit pour en réclamer l'application à un juge » (É. Zoller, Introduction au droit public, Dalloz, Coll. Précis, 1^e éd, 2006, n°1, p. 105). Le droit français ne répudie pas fondamentalement cette définition.

¹⁷³⁶ Le droit d'accès ne se manifeste pas de la même manière dans tous les secteurs. Si, comme nous le verrons, l'objet de la fonction de règlement des différends est l'accès, tous les textes ne confèrent pas un droit subjectif d'accès.

¹⁷³⁷ V. Jean Carbonnier, Droit civil, vol. 1, p. 229. Sur la liaison intime des notions de droit subjectif et d'action en justice : V. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in Le droit subjectif en question, Coll. Archives de Philosophie du Droit, tome 9, Sirey, 1964, pp. 215-227.

¹⁷³⁸ En droit interne français on ne trouve d'obligation de négociation qu'en droit du travail (dans le cadre des négociations collectives, v. articles L. 132-27, alinéa 1er et L. 132-28 du Code du travail) ou dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le contrat de négociation qui se rencontre essentiellement dans les relations internationales et qui peut « être défini comme le contrat par lequel les parties s'obligent à négocier un contrat qu'elles ont l'intention de conclure, mais dont l'objet n'est pas suffisamment déterminé pour que le contrat définitif puisse être formé » (v. Lamy Droit du contrat, n° 150-39 « Contrats de négociation »). Cette hypothèse se distingue nettement de l'obligation en question dont la sanction est l'attribution de dommages et intérêts

interprète en effet le cadre de la directive 97/33/CE comme une limitation à l'autonomie de la volonté des opérateurs dans le cadre de leurs négociations commerciales¹⁷³⁹. Les autorités administratives nationales bénéficient donc d'un pouvoir d'intervention dans ces accords afin que ceux-ci respectent les objectifs des directives¹⁷⁴⁰. Leur liberté contractuelle est donc limitée. De quelle manière ?

507. La restriction essentielle à la liberté contractuelle et au droit de propriété se trouve dans le droit d'accès que reconnaissent les textes législatifs européens aux nouveaux entrants. Ce droit d'accès est complété par une obligation de négociation. Ce droit est reconnu à l'article 4 § 1 de la directive dite « accès » : « Les opérateurs de réseaux publics de communications ont le droit et, lorsque d'autres entreprises titulaires d'une autorisation le demandent, l'obligation de négocier une interconnexion réciproque pour fournir des services de communications électroniques accessibles au public, de façon à garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de la Communauté ». Cette obligation de négociation ne peut s'interpréter comme une obligation de résultat : elle « n'implique pas l'obligation de conclure un accord d'interconnexion, mais seulement la négociation d'un tel accord », comme le reconnaît la Cour de justice¹⁷⁴¹.

508. Néanmoins, cette obligation est d'interprétation stricte : « une obligation de négociation telle que celle prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive « accès » constitue une exception et doit, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation stricte »¹⁷⁴². L'obligation est donc strictement limitée en fonction de deux critères *rationae materiae* et *rationae personae* : « [...] l'obligation de négociation édictée à la même disposition ne porte que sur l'interconnexion de réseaux, à l'exclusion d'autres formes d'accès aux réseaux [...], et n'incombe qu'aux opérateurs de réseaux publics de communications à l'égard d'autres opérateurs de réseaux publics de communications. Par conséquent, les fournisseurs de services de communications électroniques n'appartenant pas à la catégorie des opérateurs de réseaux publics de communications ne peuvent pas invoquer l'obligation de négociation prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive « accès ». En tout état de cause, il convient de constater que ladite obligation de négociation est indépendante de la détention par l'entreprise concernée d'une puissance significative sur le marché et n'implique pas l'obligation de conclure un accord d'interconnexion, mais seulement la négociation d'un tel accord »¹⁷⁴³. *Rationae personae*, l'obligation de négociation n'incombe qu'aux opérateurs de réseaux publics de communication, et non de la puissance significative sur le marché de

(Lamy Droit du contrat, n°115-82 « Nature contractuelle de l'obligation de négocier »). V. J. Cedras, « L'obligation de négocier », RTD com., 1985, pp. 265-289. Cet auteur définit l'obligation de négociation ainsi : « Négocier, c'est mener des conversations en vue de se mettre d'accord. L'obligation de négocier consiste donc à obliger les individus à un échange de propositions et de contre-propositions impliquant éventuellement des concessions réciproques, et dont le but, pour le juriste, est de parvenir précisément à un *negotium*, décision contraignante pour ses auteurs ».

¹⁷³⁹ V. C.J.C.E., 13 décembre 2001, Telefónica de España /Administración General del Estado, préc., §28.

¹⁷⁴⁰ V. C.J.C.E., 19 septembre 2002, Commission/Belgique, aff. C-221/01 (Recueil, p. I-7835), §33. Dans cet arrêt la législation belge est sanctionnée car elle ne prévoit pas « un pouvoir d'intervention spécifique dans les négociations commerciales » (§34).

¹⁷⁴¹ V. C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, aff. C-192/08 (JO C 11 du 16 janvier 2010, p. 3), spéc. §36. V. la note L. Idot, Europe n° 1, janv. 2010, comm. 31.

¹⁷⁴² V. C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, aff. C-192/08 (JO C 11 du 16 janvier 2010, p. 3), spéc. §40.

¹⁷⁴³ V. C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, préc., §34-35-36.

l'opérateur. *Rationae materiae*, l'obligation de négociation doit avoir pour objet l'interconnexion au réseau.

509. La Cour de justice relève en outre que dans le cadre de ces directives « les entreprises qui reçoivent une demande d'accès ou d'interconnexion doivent, en principe, conclure des accords sur une base commerciale et négocier de bonne foi »¹⁷⁴⁴. L'Avocat général Colomer déduit cette obligation de la nécessité de préserver l'effet utile de la directive : « La préservation de l'effet utile de l'article 4 de la directive 2002/19 conduit à une réponse affirmative [à la question de savoir s'il a été porté atteinte à l'obligation de négocier lorsqu'une entreprise dépourvue de puissance significative sur le marché propose l'interconnexion à une autre entreprise à des conditions unilatérales et propres à faire obstacle au développement du marché de détail], à l'issue de l'examen de la bonne foi du comportement de l'opérateur, afin de vérifier sa volonté réelle de parvenir à un accord, cette bonne foi étant déduite d'indices tels que le caractère raisonnable et sérieux de ses propositions »¹⁷⁴⁵. On retrouve la même obligation de négocier de bonne foi dans le secteur gazier¹⁷⁴⁶, électrique¹⁷⁴⁷, obligation qui n'existe pas, de manière générale, en droit des contrats anglais¹⁷⁴⁸ et en tout cas pas au stade de la négociation en droit français¹⁷⁴⁹.

510. Dans les droits internes des pays étudiés, la liberté et la dérogation ne sont pas affirmées de manière claire par les textes. Il est toutefois évident que, dans le silence des textes, les droits conférés par le droit positif s'insèrent dans le cadre d'une liberté préexistante. La liberté contractuelle forme la base du droit des contrats tant en France qu'au Royaume-Uni. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour d'appel de Paris précise que si la « Commission de régulation de l'énergie ne peut ordonner la conclusion d'un contrat [il] « entre dans la mission de la Commission d'inviter EDF à adresser une convention de raccordement qui réponde aux conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend permettant d'assurer l'accès aux réseaux ; que ce faisant elle ne contraint pas les parties à signer une convention dont elles peuvent librement négocier les autres modalités et qu'elles restent libres d'accepter ou de refuser » »¹⁷⁵⁰. Le juge reconnaît donc ici la primauté de la liberté contractuelle.

¹⁷⁴⁴ V. C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, préc., §51.

¹⁷⁴⁵ V. Conclusions de l'Avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 14 mai 2009, Affaire C- 192/08, TeliaSonera Finland Oyj.

¹⁷⁴⁶ V. article 32§3 de la directive 2009/73/CE, préc.

¹⁷⁴⁷ V. article 20§2 de la directive 96/92/CE, préc. L'obligation n'est pas reprise dans les directives ultérieures sur l'électricité.

¹⁷⁴⁸ La position de départ est qu'il n'y a pas en droit anglais d'obligation de négocier de bonne foi. Même en présence d'un engagement contractuel de négocier de bonne foi, Lord Ackner, dans la décision *Walford v Miles* considéra que cette obligation était « unworkable in practice ». Il semble que, désormais, en présence d'un engagement mutuel exprès de négocier de bonne foi, les juges pourraient faire exécuter un tel engagement (v. *Chitty on Contracts* 30th Ed., n° 1-029).

¹⁷⁴⁹ V. sur ce point l'article 1134, al. 3 du Code civil qui édicte seulement que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Mais les auteurs du Précis de droit civil notent à cet égard que le projet de Code civil de l'an VIII prévoyait que « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi ». La portée de l'obligation de bonne foi s'est étendue au stade de la négociation mais ne correspond pas aux hypothèses étudiées ici, et ne pourrait donc s'y substituer : « Devoir de loyauté tout d'abord (...) dans sa négociation (...). Dans sa formation : non seulement chacune des parties ne doit pas tromper l'autre, mais elle doit adopter une attitude cohérente permettant à son partenaire de déterminer sa propre conduite » (Y. Lequette, F. Terré, P. Simler, *Droit civil. Les obligations*, préc., pp. 47-48 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Lextenso Éditions, Coll. Domat Droit privé, 12^e éd., n° 86, p. 70).

¹⁷⁵⁰ V. L. Richer, « Electricité : pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie, droit d'accès au réseau et transparence », comm. de Cour d'appel de Paris, 8 mars 2005, SA Electricité de France, RG 04/12606, in

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a aussi la faculté d'imposer une obligation de négocier de bonne foi¹⁷⁵¹. Mais, en vertu de la loi, les parties ne sont pas tenues de négocier de bonne foi (contrairement d'ailleurs à la loi américaine¹⁷⁵²) dans les domaines étudiés, ni en France ni au Royaume-Uni.

511. Liberté et dérogation donc, mais les autorités de régulation nationales sont dépourvues de moyens pour sanctionner l'absence de négociation de bonne foi, elles ne peuvent justement intervenir que sur le fondement de leur pouvoir de règlement des différends. Comme le dit l'Avocat général Colomer : « Cependant, si l'autorité réglementaire nationale constate que cette obligation n'a pas été respectée [l'obligation de négocier de bonne foi], elle ne peut pas ajouter de conditions supplémentaires pour remédier à la situation en se fondant exclusivement sur l'article 4 de la directive accès. Toutefois, l'article 5, paragraphe 4, de la directive accès¹⁷⁵³ l'autorise à mettre en œuvre cette obligation, compte tenu de l'habilitation à intervenir que lui octroie l'article 20, paragraphe 1, de la directive-cadre [il s'agit de l'article sur la fonction de règlement des différends] ».

L'étude de la cause du différend (le conflit entre une liberté et un droit subjectif) doit être suivie d'une définition des caractères du différend.

II — Les caractères du différend

Il faudra examiner d'abord la notion de différend (A), ensuite la constitution du différend dans les secteurs régulés (B), pour manifester enfin la portée de cette notion (C).

A — La notion de différend

512. La définition de la notion de différend dans le cadre de la fonction exercée par les autorités de régulation ne doit pas s'attacher de manière trop rigide au terme même. Le droit français utilise volontiers ce terme¹⁷⁵⁴, mais peut aussi utiliser le terme litige¹⁷⁵⁵, terme qui a

Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, sous la dir. de L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, RFDA 2005 p. 1216.

¹⁷⁵¹ V. Article D. 310, 2° du Code des postes et des communications électroniques : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut notamment imposer aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques l'obligation : (...) De négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent un accès ».

¹⁷⁵² V. Telecommunications Act de 1996, 47 U.S.C.A., §251(c)(1). V. le comm. T. B. Romer, « "Negotiate in good faith as to what" An analysis of the good faith negotiation clause of the Telecommunications Act of 1996 », Univ. of Colorado Law Rev., vol. 69, 1998, pp. 257-294.

¹⁷⁵³ « En ce qui concerne l'accès et l'interconnexion, les États membres veillent à ce que l'autorité réglementaire nationale puisse intervenir de sa propre initiative, lorsque cela se justifie, ou à la demande d'une des parties concernées, en l'absence d'accord entre les entreprises, afin de garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre"), conformément aux dispositions de la présente directive et aux procédures visées aux articles 6, 7, 20 et 21 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre") ».

¹⁷⁵⁴ V. les articles L. 5-4, L. 5-5, L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques ; les articles L331-33 suiv. du Code de la propriété intellectuelle ; l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; l'article 16 de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires ; l'article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

d'ailleurs la faveur — mais non exclusive¹⁷⁵⁶ — du droit de l'Union européenne¹⁷⁵⁷. « Litige », « différend », mais aussi le terme « grief »¹⁷⁵⁸, ou « désaccord »¹⁷⁵⁹ dans le domaine aéroportuaire, peuvent être utilisés par les textes. Au Royaume-Uni, les textes utilisent le terme « *dispute* », ¹⁷⁶⁰ mais peuvent aussi ne pas faire référence à l'existence d'un différend tout en prévoyant « qu'à défaut d'accord », l'autorité en question pourra émettre une décision¹⁷⁶¹. La lettre du terme ne donnant pas de guide, celui-ci a-t-il, en droit, une définition acceptable ?

513. En droit, les travaux sur la notion de différend ou de litige sont au centre des manuels de contentieux ainsi qu'au centre de la définition même du droit¹⁷⁶². Pourtant, comme le reconnaissent Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani Mekki, « la notion de litige a été assez peu étudiée par les juristes. La terminologie elle-même varie d'un texte à l'autre, d'un jugement à l'autre, d'un auteur à l'autre, le litige faisant parfois place à la contestation, au désaccord, au différend ou au conflit, voire au dissentiment ou à la dispute, mot devenu désuet en France, mais utilisé en *common law* (*dispute resolution*) »¹⁷⁶³. Ces auteurs poursuivent observant que le litige est, en procédure civile, « un désaccord de volontés relativement à un objet donné [...]. Schématiquement, le différend se décompose en deux prétentions opposées : un sujet de droit prétend une chose que lui conteste un autre sujet de droit »¹⁷⁶⁴. Ils ajoutent enfin que l'objet de ce litige est d'ordre juridique, « le droit est la source et l'aboutissement du litige »¹⁷⁶⁵. Cette dernière précision permet d'ailleurs de distinguer le litige du conflit : alors que le premier est de nature non juridique, le second est justement d'essence juridique¹⁷⁶⁶. Cette définition est cohérente avec la manière dont le *common law* envisage le contentieux : dans la décision *Attorney General v Prince Ernest Augustus of Hanover*, Lord Normand affirma clairement : « Les tribunaux sont chargés du

¹⁷⁵⁵ V. l'article 92 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle.

¹⁷⁵⁶ V. mais dans le domaine des litiges de consommation l'utilisation du terme différend dans la directive n°92/44/CEE du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (considérant n°22) ; et directive « service universel » (considérant n°16).

¹⁷⁵⁷ V. par ex. l'article 20 de la directive dite « cadre » modifiée par la directive n° 2009/140/CE du 25 novembre 2009 ; l'article 23§5 de la directive électricité du 26 juin 2003 ; l'article 21§6 de la directive n° 2001/14/CE du 26 février 2001 sur le secteur ferroviaire ; l'article 20§3 de la directive du 26 juin 2003 sur le secteur du gaz naturel.

¹⁷⁵⁸ V. l'article 23§5 de la directive électricité du 26 juin 2003 (« Toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire de réseau de transport ou de distribution »).

¹⁷⁵⁹ V. Directive 2009/12/CE du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires, article 11§6.

¹⁷⁶⁰ V. les articles 23 du Electricity Act de 1989 et 25 du Gas Act de 1986 tels que modifiés par le Gas and Electricity (Dispute Resolution) Regulations 2009/1349 ; chapitre 3 du Communications Act de 2003 ; . Ce terme peut avoir plusieurs sens en anglais. Le Oxford English Dictionary lui attribue plusieurs synonymes comme « contention, controversy, debate » et « Strife, contest; a fight or struggle » (entrée : « Dispute », Oxford English Dictionary, 2010).

¹⁷⁶¹ V. par ex. l'article 17 du Railways Act de 1993 ; l'article 66D du Water Industry Act de 1991.

¹⁷⁶² V. F. Terré, « Au cœur du droit, le conflit », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice – L'obligation impossible, Autrement, Série Morales*, n°16, 1994, pp. 100 suiv. François Terré note ainsi dans cet article que : « on oppose traditionnellement le justice au conflit, le conflit transgressant le droit plus qu'il ne le nie, l'institution judiciaire ayant remplacé la justice privée afin de ramener par le jugement la paix sociale. Mais le procès est lui-même un conflit, signe du contentieux (...). Plus encore, le droit est lui-même par nature source de conflits ».

¹⁷⁶³ V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., p. 291.

¹⁷⁶⁴ V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., p. 294.

¹⁷⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁶ V. sur ce point B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. Civ.*, 2003, p. 409.

travail pratique de décider sur un litige »¹⁷⁶⁷. L'Union internationale des télécommunications dans le manuel qu'elle a tenté d'établir sur le règlement des différends dans le domaine des télécommunications s'en remet aussi à une définition large du différend¹⁷⁶⁸.

514. En somme, la notion de litige ou de différend comporte plusieurs éléments : il faut des prétentions opposées portées devant un tiers qui les résoudra en appliquant le droit en vigueur ou, pour reprendre les termes employés par le Competition Appeal Tribunal, « un litige, juridiquement, porte sur une question de droit, sur un conflit de prétentions et de droits, où A prétend que B est obligé de faire quelque chose, ce que B nie »¹⁷⁶⁹.

Comment est constitué le différend dans les secteurs régulés ?

B — La constitution du différend

515. Comment est constitué le différend devant les autorités étudiées ? La notion de différend n'est pas définie précisément par les directives. La difficulté à définir clairement cette notion réside dans l'existence de multiples hypothèses dans lesquelles les autorités de régulation sectorielles sont amenées à participer au processus contractuel. Les différends qui peuvent être soumis aux autorités en question peuvent en effet concerner tant des accords futurs que des contrats existants qu'une partie souhaiterait voir modifier. La notion de différend doit donc être suffisamment large pour pouvoir recouvrir toutes les hypothèses nécessaires à la mise en œuvre des objectifs législatifs.

La lecture des textes et de la jurisprudence met en évidence deux situations litigieuses qui ne sont pas réductibles l'une à l'autre. Dans certains secteurs, le différend est constitué par un échec du processus contractuel (1) ; dans le secteur ferroviaire, le différend résulte, là, d'un « préjudice », terme maladroît s'il en est (2).

1 — L'échec du processus contractuel

516. En dehors du secteur ferroviaire, il apparaît bien qu'il faut définir le différend de manière téléologique. Le but des directives et des lois nationales est de développer la concurrence sur les réseaux en ouvrant ceux-ci et donc de favoriser l'accord. Le différend sera donc constitué des hypothèses où les acteurs en question ne parviendront pas à un accord,

¹⁷⁶⁷ V. *Attorney General v. Prince Ernest Augustus of Hanover* [1957] AC436, spéc. p. 467, 468. Traduction de : « The courts are concerned with the practical business of deciding a lis [a piece of litigation] ». V. aussi P. Cane, « Taking disagreement seriously: courts, legislatures and the reform of tort law », p. 44 in *Private Law in Theory and Practice*, M. Bryan (ed.), Routledge-Cavendish, 2006.

¹⁷⁶⁸ V. Union internationale des télécommunications, « *Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Directions* », Discussion Paper Prepared by Robert R. Bruce, Rory Macmillan, Timothy St. J. Ellam Hank Intven Theresa Miedema, for The International Telecommunication Union and The World Bank, p. 14. Ce papier cite Brown and Marriot, *ADR Principles & Practice*, 2nd Edition, Nov. 1999, Sweet & Maxwell, p. 2. : Le différend est défini ainsi : « A dispute may be viewed as a class or kind of conflict which manifests itself in distinct, justiciable issues. It involves disagreement over issues capable of resolution by negotiation, mediation or third-party adjudication. The differences inherent in a dispute can usually be examined objectively, and a third party can take a view on the issues to assess the correctness of one side or the other ».

¹⁷⁶⁹ V. Traduction libre de : « In legal terms, a dispute normally concerns entitlement, a conflict of claims or rights, where A contends that B is obliged to do something, which B denies » (*Competition Appeal Tribunal, British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits)*, [2010] CAT 15, 11 Jun 2010, spéc. §91).

comme une absence d'accord. Dans ce cadre, les droits étudiés manifestent la mobilisation de deux critères pour définir le différend. Il faut d'abord une négociation et il faut que celle-ci n'aboutisse pas. Les parties devront donc prouver d'abord l'existence de négociations (a) et ensuite l'échec de celles-ci (b). Cet échec pourra être mis en évidence de deux manières alternatives. La première mobilise la notion de refus : une offre est faite qui rencontre une opposition, opposition que permettra de surmonter la décision de l'autorité administrative. La seconde, plus vague, plus large est celle, justement, d'échec des négociations commerciales.

a — L'existence d'une négociation

517. La première condition pour que le différend soit constitué est l'existence d'une négociation, ce qui est d'ailleurs cohérent avec l'obligation de négociation posée par les directives. Cette phase de négociation montre bien la manière dont le règlement des différends s'insère dans le processus contractuel. Elle est définie en droit des contrats comme la « « période exploratoire » durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »¹⁷⁷⁰. Elle s'insère donc entre l'offre ou pour employer le terme des directives, la demande¹⁷⁷¹ d'accès, et l'acceptation¹⁷⁷², ou *offer and acceptance* dans la terminologie anglaise¹⁷⁷³. Cette période est cruciale juridiquement, car c'est son existence qui conditionne la mise en œuvre de la compétence de l'autorité administrative¹⁷⁷⁴. Mais elle peut être difficile aussi à caractériser lorsque l'offre est suivie d'un silence par exemple. Dans ce cas, l'existence d'une offre manifestée par exemple par l'envoi d'un « projet de convention »¹⁷⁷⁵ peut suffire. Dans les autres cas, les autorités vont vérifier de manière très concrète si des pourparlers ont été entamés¹⁷⁷⁶. Comme l'explique Élisabeth Rolin, la recevabilité de la demande est conditionnée par la preuve que « les questions évoquées ont été effectivement débattues et sont restées sans réponse satisfaisante »¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁰ V. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, préc., p.185, n°184. Sur la période de négociation en droit des contrats anglais v. E. McKendrick, Contract Law, pp. 47 suiv..

¹⁷⁷¹ V. article 12 point 1 de la directive dite « accès » ; les articles L. 34-8-3, L. 38 I-3° du Code des postes et des communications électroniques

¹⁷⁷² V. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil Les obligations, pp. 117 suiv..

¹⁷⁷³ V. E. McKendrick, Contract law, préc., partie I, chap. 3.

¹⁷⁷⁴ V. par ex. la décision prise par Ofwat qui remarque avant de se saisir que les parties ont négocié pendant quatorze mois (v. Ofwat, 28 March 2008, Anglian Water Services Limited v Aquavitae (UK) Limited.

¹⁷⁷⁵ Cour d'appel de Paris, 25 janvier 2005, n° 04/12111, Société Cerestar France 7 c. Société EDF.

¹⁷⁷⁶ V. l'avis de G. Weigel : « Dès lors qu'il apparaît que les pourparlers n'ont jamais été ouverts, le régulateur considère que le litige n'est pas formé et rejette en conséquence la demande » (« La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2006, n° 20-56). V. Autorité de régulation des télécommunications, 28 mars 2002, n° 02-278, Sté LD COM. De même, Ofcom impose comme critère de recevabilité des différends qui lui sont soumis la fourniture de preuves que des négociations commerciales ont bien été entamées (« documentary evidence of commercial negotiations on all issues covered by the scope of the dispute »), v. Ofcom, Guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes about breaches of conditions imposed under the EU Directives, préc., §44. V. aussi Ofcom's draft guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes concerning regulatory rules, 6 July 2006, annex 5, p. 71, spéc. « history of commercial negotiations ». V. aussi Competition Appeal Tribunal, Orange Personal Communications Services Limited v Office of communications, préc., §100.

¹⁷⁷⁷ V. É. Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in Les régulations économiques : légitimité et efficacité, préc.. L'auteur mentionne à l'appui de cette affirmation les décisions suivantes : décision n° 00-723 du 12 juillet 2000 se prononçant sur le différend opposant Siris et

b — L'échec des négociations

518. L'existence d'un différend est donc mise en œuvre d'abord par l'existence de négociations (qui peuvent au minimum consister en l'existence d'une offre)¹⁷⁷⁸. Ensuite, pour que le différend soit constitué, une condition alternative est nécessaire : l'échec de celles-ci¹⁷⁷⁹. Les textes parlent alors de divergence, de désaccord, de grief¹⁷⁸⁰ ou de défaut d'accord¹⁷⁸¹. Elle est largement utilisée par l'ensemble des autorités sectorielles¹⁷⁸². Rentre aussi dans cette catégorie l'échec des relations commerciales lorsque celle-ci a été soumise à une procédure de conciliation préalable devant l'autorité sectorielle en question, comme dans le secteur du cinéma ou de la propriété intellectuelle, le différend est ici constitué par l'échec de la conciliation, mais qui n'est autre qu'un échec des négociations commerciales¹⁷⁸³.

519. L'échec peut particulièrement être caractérisé par le recours à la notion de refus. Cette notion est centrale dans les deux pays pour manifester l'insuccès de la négociation. Le refus manifeste en effet de manière tangible l'existence d'un différend. Comme le dit la Cour d'appel de Paris : « la Commission était saisie [...] d'un différend né du refus [...] »¹⁷⁸⁴. Ce critère est en plus requis par certains textes¹⁷⁸⁵ en droit français. En droit anglais en revanche, s'il est utilisé par les autorités administratives pour caractériser l'existence d'un différend¹⁷⁸⁶, les textes de loi ne le mentionnent pas.

France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant ; décision n° 00-1194 du 15 novembre 2000 se prononçant sur le différend entre Sonera France et France Télécom relatif à l'accès au réseau de France Télécom pour la fourniture d'un service de renseignements téléphoniques. V. aussi Lamy Droit des Médias et de la Communication, Pouvoir de règlement des différends, n°405-86.

¹⁷⁷⁸ Mais, ceci précisé, la substance des négociations et leur conduite ne seront pas pris en considération par l'autorité. Ainsi, le Competition Appeal Tribunal considère que : « The dispute is whether the price offered by Sky is FRND. It is not as to the conduct of the negotiations between Rapture and Sky or as to their relative bargaining power. We do not consider that OFCOM was required to conduct a detailed review of the discussions and exchanges which took place between the parties during those negotiations » (Rapture Television Plc v Office of Communications [2008] CAT 6, §105).

¹⁷⁷⁹ V. l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁷⁸⁰ V. article 23§5 de la directive 2003/54/CE (électricité) et 24§5 de la directive 2003/55/CE (gaz naturel), dispositions reprises dans les directives modificatives de 2009.

¹⁷⁸¹ V. par ex. Water Industry Act de 1991 (article 66D) pour Ofwat. V. par ex. Ofcom, IPStream to DataStream Migration / Equal terms for DataStream, 9 August 2004, n° CW/00626/06/03 ; v. aussi Ofgem's draft guidelines for determining disputes and complaints arising under the European Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC, p. 1, §3.

¹⁷⁸² V. par ex. dans le domaine ferroviaire, Office of rail regulation, Criteria and procedures for the approval of track access contracts, 25 November 2009, p. 6.

¹⁷⁸³ V. l'article L. 331-35§2 du Code de la propriété intellectuelle (pour la H.A.D.O.P.I.) ; article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (« échec de la conciliation »).

¹⁷⁸⁴ V. Cour d'appel de Paris, 25 janvier 2005, n° 04/12111, Société Cerestar France 7 c. Société EDF.

¹⁷⁸⁵ V. l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques : « En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution » ; article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (cet article dit bien « En cas de différend entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, (...) lié à l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation, *notamment en cas de refus* d'accès ou de désaccord sur la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des contrats (...) » (souligné par nous)).

¹⁷⁸⁶ V. par ex. Ofel, Dispute between B.T. and Vodafone regarding wholesale connections between B.T.'s and Vodafone's networks, 25 July 2002, CW/00540/07/02 ; Ofcom, Dispute between Opal Telecom and Openreach about Local Loop Unbundling migration charges, 1 June 2006, n° CW/00889/01/06. V. aussi, dans le domaine

520. Le refus peut être manifeste, clair¹⁷⁸⁷ et, dans ce cas, la compétence de l'Autorité en question ne fait pas de doute. Mais qu'en est-il face au silence d'une partie ? Le silence en droit des contrats anglais et français ne vaut pas acceptation¹⁷⁸⁸ ; en droit de la régulation, il peut ainsi valoir refus. La notion de refus est ainsi entendue largement dans les droits étudiés afin de prendre en compte la réalité des rapports contractuels entre l'opérateur de réseau et les nouveaux entrants. Ainsi, peut constituer un refus un « comportement dilatoire et non transparent »¹⁷⁸⁹ de l'opérateur historique ou son absence de réponse dans le délai imparti¹⁷⁹⁰. La Commission de régulation de l'énergie procède à « la qualification juridique de « refus d'accès aux réseaux » de faits ou de comportements qui, sans avoir donné lieu à un refus formel du gestionnaire, ont un effet équivalent »¹⁷⁹¹.

521. Comment prouver l'échec des relations commerciales ? Les éléments de preuve ne sont pas difficiles à apporter. Le désaccord peut être prouvé par l'échange d'une correspondance ou par tout autre moyen¹⁷⁹², le cas échéant, par une correspondance électronique¹⁷⁹³ ou une mise en demeure¹⁷⁹⁴. Dans le domaine des communications électroniques par exemple, l'autorité sectorielle « procède à un examen *in concreto* du refus de contracter ou de l'échec des négociations. Dès lors qu'il apparaît que les pourparlers n'ont jamais été ouverts, le régulateur considère que le litige n'est pas formé et rejette en conséquence la demande »¹⁷⁹⁵.

ferroviaire, Office of rail regulation, Criteria and procedures for the approval of track access contracts, 25 November 2009, p. 6.

¹⁷⁸⁷ V. par ex. pour un cas où la C.R.E. estime qu'il n'y a pas de différend constitué car la requérante ne prouve pas le caractère non pertinent, superfétatoire des informations demandées, qu'elle a, au surplus, fournies (v. Commission de régulation de l'énergie, 27 mai 2004, SARL De La Torre c. Electricité de France (J.O.R.F., n°163, 16 juillet 2004, texte n° 73). V. British Telecommunications Plc (Termination charges: 080 calls, NCCN 1007) v Office of Communications [2011] CAT 15, spéc. § 31-32 (le Competition Appeal Tribunal juge dans ce cas que l'intervention d'un événement futur susceptible d'engager BT à négocier ne saurait impliquer l'inexistence d'un litige et l'incompétence d'Ofcom). De même, dans ce jugement, le CAT établit clairement que la compétence d'Ofcom ne peut dépendre de stipulations constructuelles encadrant les délais de négociation (§33 et Orange Personal Communication Services Ltd v OFCOM [2007] CAT 36).

¹⁷⁸⁸ V. E. McKendrick, *Contract Law*, préc., p. 106 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, n°124, p. 135.

¹⁷⁸⁹ V. L. Richer, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.*, 2005 p. 1216, commentant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 8 mars 2005, SA Electricité de France, n° 04/12606. Il s'agissait en l'occurrence d'Électricité de France.

¹⁷⁹⁰ V. Commission de régulation de l'énergie, 23 octobre 2003, Montjoyer, (J.O. 11 janvier 2004, p. 932), confirmée par Cour d'appel de Paris, 11 mai 2004, n° 2003/20473. V. le comm. G. Bouquet, S. Beauvillard, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1911.

¹⁷⁹¹ V. T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, n° 616, janv. 2005, chron., pp. 1-11, spéc. p. 2.

¹⁷⁹² V. par ex A.R.T., n° 01-1235, 21 décembre 2001, Société UPC.

¹⁷⁹³ V. Autorité de régulation des télécommunications, 28 mars 2002, n° 02-278, Sté LD COM. Ofcom précise qu'il peut accepter comme preuve tout document pertinent : correspondance, compte-rendu de réunion, appel téléphonique (v. Draft enforcement guidelines, 2006, préc., annex 5, p. 71).

¹⁷⁹⁴ V. A.R.C.E.P., Décision n° 2010-1254 en date du 25 novembre 2010, SFR c. France Télécom, p. 7-8 (des échanges écrits allant jusqu'à la mise en demeure permettent d'attester la présence d'un « désaccord constitué et durable »).

¹⁷⁹⁵ V. G. Weigel, « La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2006, n° 20-56, pp. 71-82, spéc., p. 72.

522. Le secteur ferroviaire se distingue sensiblement ici. La directive comme la loi française font référence à la notion de victime et à celle de préjudice. La loi anglaise ne reprend pas ces termes, le différend y est bien constitué par l'échec du processus contractuel. La directive précise ainsi : « Un candidat peut saisir cet organisme [l'organisme de contrôle] dès lors qu'il estime être victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice, notamment pour introduire un recours contre les décisions prises par le gestionnaire de l'infrastructure »¹⁷⁹⁶. La loi française, transposant cet objectif donne ainsi le droit aux différents opérateurs du secteur de saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il « s'estime victime » d'une pratique qui aurait un effet sur l'accès au réseau¹⁷⁹⁷. La loi anglaise sur les chemins de fer, elle, en reste à la présentation précédente : l'intervention de l'autorité administrative a pour objet de surmonter une difficulté dans les négociations contractuelles¹⁷⁹⁸. Il est difficile de comprendre la logique de ce terme qui s'écarte nettement des autres secteurs. Le texte de la loi française mentionne en effet aussi la notion de préjudice ce qui ferait évoluer la fonction de règlement des différends dans le secteur ferroviaire vers une autre logique, de responsabilité, de réparation. Pourtant, le rapport sénatorial sur le projet de loi créant la future autorité affirme que « Le régime du traitement des litiges est inspiré des dispositions applicables à l'ARCEP »¹⁷⁹⁹. Or dans ce secteur le différend a bien pour objet « la conclusion ou l'exécution » de stipulations contractuelles¹⁸⁰⁰. Le même rapport indique que la rédaction de l'article « ouvre également la procédure à tout préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire. Cette disposition ne crée pas d'incertitude juridique, au contraire. Elle s'inscrit dans la même logique que l'article 8, en donnant une large latitude d'appréciation à la CRAF afin d'asseoir sa décision sur un maximum d'éléments. Comme pour l'article 8, cette marge d'action est désormais une arme classique s'agissant des autorités administratives. Elle a pour but de garantir la crédibilité de la CRAF auprès des différents acteurs du secteur ferroviaire »¹⁸⁰¹. Le choix de ces dispositions semble manifester la crainte, non pas d'un échec des relations commerciales, mais d'un traitement inéquitable des nouveaux entrants dans leur utilisation du réseau. Cette originalité procède certainement des spécificités du secteur ferroviaire : le réseau a été confié à une entité indépendante de l'opérateur historique¹⁸⁰² ; elle ne peut, dans ces conditions, être suspectée a priori de défendre les intérêts de l'opérateur historique. De même, les missions relatives à la sécurité du réseau ont été transférées à une entité indépendante¹⁸⁰³. Pourtant, les nouveaux entrants ont craint, pendant le vote de la loi, de

¹⁷⁹⁶ V. article 30 §2 de la directive 2001/14/CE.

¹⁷⁹⁷ V. article 16 §1 et §2 de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires.

¹⁷⁹⁸ V. Railways Act de 1993, article 17.

¹⁷⁹⁹ V. Rapport n° 184 (2008-2009) de M. Francis Grignon, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 28 janvier 2009, sur le Projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports, p. 90.

¹⁸⁰⁰ V. les art. L. 5-4 et L. 5-5 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁸⁰¹ V. Rapport Grignon préc., pp. 91-92.

¹⁸⁰² Il s'agit de Réseau ferré de France (R.F.F.), établissement public à caractère industriel et commercial (ÉPIC), créé en 1997. V. Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France en vue du renouveau du transport ferroviaire (J.O.R.F. n° 39 du 15 février 1997, p. 2592) et le décret n°97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de Réseau ferré de France (J.O.R.F. n°106 du 7 mai 1997, p. 6897).

¹⁸⁰³ Il s'agit de l'Établissement public de sécurité ferroviaire (É.P.S.F.), qui est un établissement public administratif, placé sous la tutelle du ministère chargé des transports. V. Loi n°2006-10 du 5 janvier 2006

subir des pratiques discriminatoires¹⁸⁰⁴. Comme le remarque Patrick Vieu : « L'article 16-I de la loi relative à l'orientation et à la régulation des transports ferroviaires règle les rapports entre l'ARAF et l'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF) en conciliant deux impératifs d'égale importance : d'une part, il importait de ne pas laisser l'intervention de l'EPSF en dehors du champ de compétence de l'ARAF, les exigences de sécurité pouvant être aisément instrumentalisées dans un sens contraire aux objectifs de transparence et de non-discrimination dans l'accès au réseau ; d'autre part, la sécurité constitue une priorité absolue dans l'organisation et le fonctionnement du système ferroviaire : en ce sens, il ne pouvait être question ni de partager la compétence en matière de contrôle de la sécurité ferroviaire, ni d'assujettir purement et simplement les règles de sécurité à celles de la concurrence, les décisions de l'EPSF à celles de l'ARAF, en conférant à celle-ci un pouvoir d'annulation ou de réformation des décisions de celui-là. C'est cet équilibre propre à l'exercice de la régulation que le Sénat s'est efforcé d'atteindre en amendant le projet du gouvernement. Ainsi, toute personne s'estimant victime, de la part de l'EPSF, d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de toutes autres pratiques « ayant pour effet de restreindre abusivement l'accès au réseau ferroviaire » pourra, dans le délai de recours contentieux, solliciter l'avis de l'ARAF »¹⁸⁰⁵. C'est donc l'importance de l'impératif de sécurité dans ce secteur qui justifie certainement l'économie du texte et sa spécificité par rapport aux autres secteurs.

Quelle est à présent la portée de la notion de différend ?

C — La portée de la notion de différend

Quelle est la portée générale de cette notion de différend ? Quelles situations cette définition permet-elle, le cas échéant, d'exclure ? La définition de la notion de différend a une double portée. D'abord, elle permet de différencier la fonction de règlement des litiges de la compétence d'intervention spontanée dans les contrats dont bénéficient les autorités sectorielles ; ensuite, elle permet de distinguer le différend de la plainte, spécialement en droit anglais ; enfin, il a pour intérêt de fixer les bornes temporelles du litige et donc de l'action des autorités.

523. D'abord, l'existence d'un différend permet de différencier la fonction de règlement des litiges de la compétence d'intervention dans les contrats dont bénéficient les autorités sectorielles. Ainsi, tant le droit de l'Union européenne que le droit interne donnent aux autorités sectorielles des compétences d'intervention dans les contrats, que ces compétences

relative à la sécurité et au développement des transports (J.O.R.F. n°5 du 6 janvier 2006, p. 217, texte n° 1) ; Décret n°2006-369 du 28 mars 2006 relatif aux missions et au statut de l'Établissement public de sécurité ferroviaire (J.O.R.F. n°75 du 29 mars 2006, p. 4715, texte n° 13) ; Décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire (J.O.R.F. n°244 du 20 octobre 2006, p. 15544, texte n° 18). V. A. Claeys, « La création de l'Établissement public de sécurité ferroviaire par la loi du 5 janvier 2006 : les prémices d'une régulation dans le secteur ferroviaire », *Revue Lamy de la concurrence*, 2006, n° 8, pp. 120-125.

¹⁸⁰⁴ V. par ex. « Certains opérateurs ont fait part à votre rapporteur d'avoir le sentiment d'être davantage sujet aux contrôles de sécurité que d'autres. Il est donc plausible que des litiges soient rapidement portés à la connaissance de l'ARAF dès sa création » (Rapport Grignon préc.).

¹⁸⁰⁵ V. P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 35 suiv..

comprennent selon les secteurs l'approbation¹⁸⁰⁶ ou la révision des contrats¹⁸⁰⁷. Cette compétence ne s'exerce pas, elle, dans le cadre d'un différend.

524. Ensuite, cette notion permet de circonscrire les limites d'autres fonctions de ces autorités. Les différentes autorités anglaises possèdent, à la différence de leurs homologues françaises, de multiples compétences sur le secteur. Autorités de régulation, elles sont aussi compétentes en matière de concurrence et de litige de la consommation¹⁸⁰⁸. La compétence de règlement des différends doit donc, dans ce cadre, être nettement distinguée de ces autres compétences. C'est la raison pour laquelle ces autorités ont été amenées à préciser le champ de la notion de différend pour la distinguer de celui de la notion de plainte, car les procédures applicables dans chaque cas sont nettement distinctes. Les plaintes adressées à l'autorité administrative auront en général pour objet les manquements des opérateurs à leurs obligations — ou à la législation de la concurrence et de la consommation — et se traduiront par la mise en œuvre d'une procédure de sanction.

525. Enfin, la définition précise de la notion de différend comprend un dernier intérêt, celui de la définition temporelle du litige, même si un arrêt récent de la Cour de cassation est venu relativiser cet élément. L'autorité de régulation ne s'intéressera donc au litige, en général, qu'à partir du moment où le différend est formé et ses pouvoirs s'arrêteront là. Aussi, dans un litige opposant Western Telecom à France Télécom, l'expression du différend permet-elle de fixer le départ de la compétence de l'autorité sur les contrats en cours. Dans ce litige « concernant la période de référence pour la fixation des tarifs réclamés, Western Telecom soutient que le différend l'opposant à France Télécom n'ayant pu s'exprimer avant le mois d'avril 2005, compte tenu du « diktat tarifaire » voire de la contrainte qui lui a été imposée par cette entreprise vis-à-vis de qui elle se trouve dans une situation de dépendance économique, c'est à tort que l'Autorité a cru devoir fixer le début de cette période au 19 avril 2005 ». Mais, juge la Cour d'appel de Paris « considérant que cette entreprise, qui s'est régulièrement obligée en vertu du contrat de « Hubbing Access France » à régler à sa partenaire commerciale le prix constituant la contrepartie des prestations qui étaient assurées, lui a fait parvenir chaque mois des objectifs de prix (« tarifs cibles ») auxquels elle répondait à son tour par l'envoi de tarifs (« *price lists* ») et, jusqu'au courrier du 19 avril 2005 dans lequel elle a brusquement critiqué les tarifs au regard des principes de non-discrimination, d'orientation vers les coûts et de transparence et a réclamé le remboursement d'un trop-perçu, n'a jamais soulevé la moindre contestation ou même la moindre réserve sur les tarifs jusqu'alors librement négociés »¹⁸⁰⁹. Aussi la conclusion de la Cour est-elle que « l'ARCEP a justement limité du 19 avril 2005, date à laquelle est survenu un différend au sens de l'article

¹⁸⁰⁶ V. article 37(3)b de la directive 2009/72/CE (domaine de l'électricité) ; article 41(3)b de la directive 2009/73/CE dans le secteur gazier.

¹⁸⁰⁷ V. article L. 38-III du Code des postes et des communications électroniques. V. par ex. le pouvoir dont dispose Ofcom au titre des conditions qu'il peut imposer à l'opérateur disposant d'un pouvoir significatif sur le marché. La loi autorise Ofcom à imposer : « a condition requiring the dominant provider to make such modifications as OFCOM may direct of any offer by that provider which sets out the terms and conditions on which he is willing to enter into an access contract » (article 87(6)(e) du Communications Act de 2003).

¹⁸⁰⁸ Par ex. Ofcom est responsable pour sanctionner les manquements au droit de la consommation entrant dans son champ d'activité. La partie 8 du Enterprise Act confère à cette autorité la compétence pour sanctionner les pratiques relevant de la législation pour la protection des consommateurs et de la réglementation sur les clauses inéquitables dans les contrats de consommation (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (SI 1999/2083), qui transpose la directive 93/13/CE) ou celle sur la publicité mensongère (The Control of Misleading Advertisements Regulations (S.I. 1988/915)).

¹⁸⁰⁹ V. Cour d'appel de Paris, 30 mai 2006, Western Telecom c France Télécom, n°2005/24129.

L 36-8 du CPCE, au 27 septembre de la même année la période pendant laquelle elle était tenue d'apprécier la demande de fixation de tarifs qui lui était présentée »¹⁸¹⁰. Le moment du différend déclenche donc la compétence des autorités sur le contrat en cours. Mais la Cour de cassation a pu juger que la portée temporelle du pouvoir de règlement des différends pouvait s'étendre à une période antérieure à la formation du différend¹⁸¹¹.

526. Ce moment est aussi important au Royaume-Uni, même s'il a aussi été relativisé par les juges. Le Competition Appeal Tribunal a ainsi jugé que la compétence de l'Office of communications s'étendait aussi aux litiges historiques, c'est-à-dire passés. Le juge considéra que l'autorité de régulation pouvait ainsi étendre son empire aux situations contractuelles passées du moment que celles-ci remplissaient les conditions requises. Et dans ce cas, c'est bien le commencement du différend qui détermine le pouvoir de l'autorité, et c'est la seule question que l'Autorité doit se poser. Le juge affirme ainsi que « la distinction faite par British Telecom entre les différends historiques et les différends actuels imposerait à Ofcom d'examiner un certain nombre de questions, avant la question la question la plus simple, existe-t-il un différend entre les parties »¹⁸¹².

La définition de la notion de différend permet donc en principe de délimiter la compétence des autorités de régulation même si, dans certains cas, cette compétence peut s'étendre à une période antérieure. Un second élément relatif au différend est requis pour permettre l'intervention des autorités sectorielle : la qualité des parties au différend.

III — Les parties au différend

Les textes limitent clairement le champ du règlement des différends quant aux parties habilitées à saisir les autorités sectorielles. Les parties doivent obéir à deux conditions cumulatives pour pouvoir saisir avec succès les autorités de régulation : la première est relative à leur qualité (A) et la seconde est relative à leur nationalité (B).

A — La qualité des parties : comparaison, précision et systématisation

527. L'hétérogénéité des secteurs et l'analyse de droit comparé rendent cette étude compliquée. Néanmoins, nous procéderons en trois temps pour mieux cerner les parties au différend. On procédera d'abord à une brève comparaison entre les domaines et les pays (1), pour, ensuite, exposer les précisions que les juges ont pu donner quant aux parties titulaires du droit de saisir les autorités sectorielles (2) et, enfin, il faudra tenter une systématisation pour essayer de comprendre la logique à l'œuvre ici (3).

¹⁸¹⁰ V. Cour d'appel de Paris, 30 mai 2006, Western Telecom c France Télécom, n°2005/24129.

¹⁸¹¹ V. Cour de cassation, 14 décembre 2010, SFR c. France Télécom, n° 09-67.371 : « pour rejeter le recours formé contre la décision de l'ARCEP ayant refusé d'examiner la partie de la demande de l'opérateur alternatif se rapportant à la période antérieure au 4 février 2008, l'arrêt retient que la finalité de son intervention exclut une remise en cause de la situation réglementaire et contractuelle préexistante à l'émergence du différend ; attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁸¹² V. British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits), [2010] CAT 15, 11 Jun 2010, §108. Traduction libre de : « B.T.'s historical/non-historical distinction would require OFCOM to consider a number of questions, over and above the rather more straightforward one of whether there exists a dispute between two parties ».

528. Les domaines à l'étude manifestent une grande hétérogénéité quant à la définition des parties titulaires d'un droit de saisir l'autorité administrative. On est ainsi face à une échelle de possibilités. Le conflit peut-il être circonscrit précisément ou au contraire le prétoire de l'autorité est-il largement ouvert ?

529. Certains textes définissent précisément les qualités des deux parties. Ainsi dans le secteur des communications électroniques, les textes européens précisent que le différend doit concerner des entreprises propriétaires du réseau et celles fournissant des services¹⁸¹³. Mais d'autres, au contraire, ne définissent clairement qu'une partie et confèrent un pouvoir général d'action contre celle-ci : le gestionnaire du réseau dans le domaine de l'énergie et le domaine ferroviaire contre lequel « toute partie »¹⁸¹⁴ peut intenter une action.

530. Les droits internes reprennent en général fidèlement ces dispositions. On peut noter toutefois quelques divergences. Par exemple en France, la saisine de l'Autorité de régulation en matière de communications électroniques n'est pas restreinte en fonction de la qualité des parties, mais en fonction de la nature des conventions¹⁸¹⁵. Seules les parties à ces conventions peuvent saisir l'instance. En matière ferroviaire¹⁸¹⁶ ou énergétique,¹⁸¹⁷ la transposition est en revanche cohérente. Les parties sont aussi clairement définies dans les domaines de la propriété intellectuelle¹⁸¹⁸ et de l'audiovisuel¹⁸¹⁹. En droit anglais, les textes sont très précis quant à la qualité des parties au différend, qui doit opposer une entreprise de réseau, titulaire d'une autorisation et des opérateurs fournissant des services¹⁸²⁰.

¹⁸¹³ V. dans le secteur des communications électroniques, l'article 20 §1 de la directive « cadre » qui précise que le litige oppose « des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques ». Cette disposition a été entendue en 2009 pour inclure les litiges « entre ces entreprises et d'autres entreprises de l'État membre bénéficiant d'obligations d'accès et/ou d'interconnexion ».

¹⁸¹⁴ V. article 23 §5 de la directive 2003/54/CE (secteur ferroviaire) qui dispose : « Toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire de réseau de transport ou de distribution (...) » ; et article 25 §5 de la directive 2003/55/CE dans le domaine du gaz qui précise que « Toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire de réseau de transport, de GNL, ou de distribution (...) ». Ces dispositions sont reprises inchangées à l'article 35 §11 de la directive 2009/72/CE pour l'électricité et à l'article 41 §11 de la directive 2009/73/CE pour le gaz.

¹⁸¹⁵ V. l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁸¹⁶ V. l'article L2134-2 du Code des transports.

¹⁸¹⁷ V. la compétence de l'organe de règlement des différends dans le domaine de l'énergie. Le CoRDIs est investi par la loi du 7 décembre 2006 du pouvoir de régler, dans leurs aspects techniques et financiers, les différends « entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel, entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de gaz naturel liquéfié (GNL), lié à l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation ».

¹⁸¹⁸ V. l'article L. 331-32 qui oppose clairement « tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service » aux « titulaires des droits sur la mesure technique ». De même l'article L. 331-33 oppose dans le différend « toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 » aux titulaires des droits sur la mesure technique.

¹⁸¹⁹ V. l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986. Le différend oppose les éditeurs, distributeurs de services ou les personnes mentionnées à l'article 95 (les exploitants de système d'accès sous condition) ou les prestataires auxquels ces personnes recourent. Le différend est aussi circonscrit par un critère matériel. Il doit être « relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision ».

¹⁸²⁰ V. article 185(1) du Communications Act de 2003 et l'explication in Ofcom, Draft Enforcement Guidelines, 2006, p. 34. V. l'article 23 du Electricity Act de 1989 et son interprétation in Ofgem, Draft guidelines for

531. Le domaine du cinéma se distingue nettement de l'ensemble des autres domaines à cet égard. La loi de 1982 dispose en effet que le Médiateur « peut être saisi par toute personne physique ou morale concernée, par toute organisation professionnelle ou syndicale intéressée ou par le directeur du centre national de la cinématographie. Il peut également se saisir d'office de toute affaire entrant dans sa compétence ». Le champ des auteurs de la saisine est donc très large et le Médiateur peut même s'autosaisir d'un litige. L'autosaisine dans le cadre d'un litige a pour but de ne pas envenimer les relations entre les parties, l'une reprochant à l'autre la saisine du Médiateur ; si celui-ci se saisit de lui-même du litige, personne n'est coupable d'être allé voir cette autorité.

Après l'étude des textes, il faut procéder à l'analyse de la jurisprudence en la matière.

2 — *Précisions*

532. Les décisions des autorités en question et la jurisprudence sont venues préciser la notion de partie au différend. On peut toutefois regretter le manque d'information à ce sujet en droit anglais. Ce manque résulte de la pratique des autorités en question de ne pas publier les décisions d'irrecevabilité. Aussi ne dispose-t-on pas, pour le Royaume-Uni, de décisions ni de jurisprudences rejetant une saisine au motif qu'une partie n'aurait pas de qualité pour agir. Concernant l'Office of communications par exemple, la transparence de la procédure ne commence qu'au stade où cette instance accepte d'étudier le différend, en publiant une entrée dans son bulletin électronique¹⁸²¹. Par ailleurs, les instances sectorielles, comme celle de la concurrence, disposent d'un pouvoir discrétionnaire large pour refuser de se saisir et le contrôle du juge sera assez faible¹⁸²², au motif que les ressources de ces autorités étant limitées, elles peuvent choisir de sélectionner les cas les plus importants pour concentrer leurs moyens sur les affaires les plus significatives¹⁸²³. Les requérants, privés de chance de succès, ne sont pas incités à saisir le juge pour faire valoir leurs droits.

determining disputes and complaints arising under the European Directives 2003/54/CE and 2003/55/EC, p. 1 (la partie saisissante dans le domaine de l'énergie est toutefois plus large puisque la loi fait référence à un « plaignant » mais on peut supposer qu'il s'agira d'une entreprise désirant fournir de l'énergie qui sera susceptible de saisir l'autorité). V. enfin article 17 du Railways Act de 1993.

¹⁸²¹ Il s'agit du « Competition and Consumer Enforcement Bulletin » disponible sur Internet et qui permet de suivre toute l'évolution de la procédure en ligne. Ofcom précise dans cette entrée les parties, l'objet du litige et le déroulement complet de la procédure en invitant toutes les parties prenantes à lui adresser leurs observations. Il est défini ainsi : « The Competition and Consumer Enforcement Bulletin sets out details of investigations carried out by Ofcom's Competition Group Investigations Team and Consumer Affairs Team into adherence with regulatory rules, consumer protection issues, competition issues and resolving disputes between communications providers » (v. site institutionnel de Ofcom).

¹⁸²² V. spéc. *Cityhook Limited v Office Of Fair Trading* [2009] EWHC 57 (Admin). Il s'agissait d'un recours en *judicial review* contre décision de l'Office of fair trading de clore une enquête. Pourtant cette instance avait reconnu, au stade de l'enquête, qu'il y avait des raisons de penser que les entreprises étaient en infraction avec la loi sur la concurrence. Le juge reconnaît pourtant qu'il n'a pas le pouvoir d'annuler cette décision même si les raisons avancées par l'OFT étaient « peu convaincantes » (§162). Et le juge de conclure : « I have not reached that conclusion with any degree of enthusiasm because Cityhook plainly satisfied the OFT that there was at least a prima facie case, it was investigated for four years and came very close to an SO [Statement of Objections] being issued. By that time the priorities of the OFT had changed, resources were being stretched and as a result this investigation was, to use a colloquialism, "pulled" » (§162).

¹⁸²³ V. cette affirmation de Ofcom : « Ofcom expects submissions to contain a certain level of evidence before it will open an enquiry. This requirement will not be applied in a bureaucratic way. Ofcom will consider the circumstances surrounding each submission, but will decline to open an enquiry in response to unsubstantiated

533. Qu'en est-il en France ? La publication des décisions d'irrecevabilité permet de dessiner plus précisément le contour des personnes titulaires du pouvoir de saisir ces instances¹⁸²⁴. La Commission de régulation de l'énergie a ainsi été amenée à rejeter plusieurs demandes au motif que les parties n'étaient justement pas compétentes pour la saisir¹⁸²⁵. De surcroît, la question de l'application temporelle de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a posé la question de la possibilité de qualifier E.D.F. de « gestionnaire de réseau », au sens de cette même loi, pour un litige qui avait débuté antérieurement à l'intervention de celle-ci. La Cour d'appel de Paris a d'abord jugé à cette occasion que la loi du 10 février 2000 s'applique aux situations juridiques non définitivement réalisées : « la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques non définitivement réalisées ayant pris naissance avant son entrée en vigueur, non en vertu d'un contrat, mais en raison des seules dispositions légales alors applicables ; que si le litige est né avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, sous l'empire de la législation alors applicable, E.D.F. ne justifie d'aucune situation juridique définitivement réalisée à cette date sous l'empire de la loi ancienne »¹⁸²⁶. Aussi, faisant application de cette règle à la qualification d'E.D.F. de gestionnaire de réseau, la Cour d'appel juge que cette qualification peut lui être appliquée, car E.D.F. qui s'était « vu confier par la loi du 8 avril 1946 la « gestion de la distribution de l'électricité » avait la qualité de gestionnaire du réseau de transport dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000 »¹⁸²⁷.

534. Cette même Commission a aussi été amenée à préciser la notion d'utilisateur. L'article 38 de la loi du 10 février 2000 restreint la qualité des parties au différend aux seuls gestionnaires et utilisateurs de réseaux. L'enjeu était de savoir si les usagers, clients non encore éligibles pouvaient prétendre à cette qualité et saisir cette instance. Devant le silence de la loi, la Commission de régulation de l'énergie se tourna donc, avec plus de succès, vers la directive du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité qui définit l'utilisateur comme étant « toute personne physique ou morale

allegations or inadequate submissions. The requirement to provide evidence substantiating an allegation enables Ofcom to identify complaints that raise real concerns about anti-competitive or unlawful behaviour and to target its resources on the most important issues » (Ofcom, Draft Enforcement Guidelines, préc., § 4.9-§ 4.10).

¹⁸²⁴ V. par ex., pour le C.S.A. décision n° 2010-574 du 20 juillet 2010 (rejet de la saisine d'un Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes).

¹⁸²⁵ La CRE a ainsi été amené à préciser la notion d'utilisateur qui « recouvre non seulement les clients éligibles qui concluent un contrat d'accès aux réseaux, mais aussi les clients non éligibles pour lesquels la fourniture d'électricité s'effectue sans contrat distinct pour l'accès au réseau » (décision Pestka du 5 juin 2003, préc.). « En revanche, la CRE n'est pas compétente pour trancher des litiges relatifs à l'obligation d'achat. Par leur nature et la qualité des parties qu'ils mettent en présence, ces litiges n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 38 de la loi du 10 février 2000 (décisions AESM du 12 décembre 2002, Papeterie de Bègles du 27 mars 2003 et La Conque et Les Quatre Bornes du 6 novembre 2003). Il en va de même du litige relatif à la rémunération due par RTE à la SNCF pour l'utilisation des ouvrages de transport d'électricité qui ont été remis en dotation par l'État à cet établissement public. Un tel différend ne relève pas, eu égard à la qualité des parties qu'il met en cause et à son objet, de ceux dont il appartient à la CRE de connaître. Dans ce cas, en effet, la SNCF n'intervient pas en tant qu'utilisateur du réseau public de transport d'électricité et le contrat qu'elle conclut avec RTE pour régler les modalités d'utilisation des ouvrages n'est pas une condition d'exercice du droit d'accès au réseau (décision Réseau ferré de France et SNCF du 24 juin 2003) ». V. Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité, juin 2004, pp. 84-85. V. aussi les dév. de G. Bouquet, S. Beauvillard, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », A.J.D.A., 2004, pp. 1911 suiv..

¹⁸²⁶ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 24 février 2004, E.D.F. c. Société Sinerg, n° 2003/10671. V. le comm. de T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », préc., p. 2.

¹⁸²⁷ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 24 février 2004, E.D.F. c. Société Sinerg, n° 2003/10671. V. le comm. de T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », préc., p. 2.

alimentant un réseau de transport ou de distribution ou desservie par un de ces réseaux »¹⁸²⁸. Cette définition permet ainsi « d'écarter comme inopérants les arguments tirés de ce que le consommateur non éligible n'a pas de contrat avec le gestionnaire de réseau, qu'il n'a pas de relation financière directe avec lui »¹⁸²⁹ et, par conséquent, cette décision étend la saisine de cette instance aux clients non éligibles à cette époque¹⁸³⁰. Néanmoins, la qualification d'utilisateur du réseau peut parfois être délicate, certains opérateurs agissant en tant que « gestionnaire [s] des biens » dans le cadre de « la conclusion d'un contrat entre la S.N.C.F. et R.T.E pour régler les conditions d'usage par R.T.E des ouvrages remis en dotation à la S.N.C.F. »¹⁸³¹. De même, la qualification de gestionnaire pouvait aussi être compliquée par la double qualité d'E.D.F., à la fois gestionnaire de réseau — avant la filialisation de cette fonction — et producteur d'électricité. Aussi, le litige opposant cette société à l'entreprise A.E.S.M. concernant les conditions de rachat de l'électricité produite par cette dernière n'oppose pas un utilisateur à un gestionnaire de réseau, car « le débiteur de l'obligation d'achat ne peut être E.D.F., pris en sa qualité de gestionnaire de réseau, mais EDF, en sa qualité de producteur, investi d'une mission de service public »¹⁸³².

535. De même, le Conseil d'État, en matière audiovisuel, a accepté que le Conseil supérieur de l'audiovisuel déclare une requête en règlement des différends irrecevable lorsque cette autorité avait auparavant retiré à un exploitant son autorisation d'exploiter un service de télévision. Il n'y a dans ce cas « plus matière à différend », l'entreprise en question ayant perdu la qualité lui permettant d'être atraite devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la forcer à reprendre son activité¹⁸³³.

¹⁸²⁸ V. article 2 §15 de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 027 du 30/01/1997, pp. 20-29).

¹⁸²⁹ V. T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », préc., p. 3.

¹⁸³⁰ V. Commission de régulation de l'énergie, 5 juin 2003, M. Michel Pestka c. EDF (J.O.R.F., n°300 du 26 décembre 2004, texte n° 131). La Commission a ensuite étendu cette notion à une société civile immobilière « propriétaire des parties communes du lotissement tant que celles-ci ne sont pas transférées à la commune. Il résulte de cette situation que cette société doit être regardée, en l'état du dossier soumis à la Commission, comme ayant la qualité d'utilisateur des réseaux publics d'électricité et de ce fait titulaire d'un droit d'accès auxdits réseaux » (Commission de régulation de l'énergie, 22 juillet 2004, Société JMF IMMO c. Électricité de France (J.O.R.F., n°300 du 26 décembre 2004, texte n° 132).

¹⁸³¹ Dans cette affaire, la SNCF agit « en tant que gestionnaire des biens qui lui ont été remis en dotation par la loi du 30 décembre 1982, lorsqu'elle autorise RTE à utiliser les lignes et ouvrages de transport électrique objets du présent litige pour lui permettre, dans le cadre de sa mission de gestionnaire du réseau public de transport, d'alimenter des utilisateurs du réseau qui sont raccordés à ces ouvrages, la SNCF n'agit pas, elle-même, en tant qu'utilisateur du réseau public de transport » (Commission de régulation de l'énergie, 24 juin 2003, Réseau de transport d'électricité c. Réseau ferré de France et Société nationale des chemins de fer français, (J.O.R.F., n°204, 4 septembre 2003, p. 15212, texte n° 80, comm. chron. A.J.D.A., « Accès au réseau de transport d'électricité : les ouvrages de la SNCF font partie du réseau de transport d'électricité », A.J.D.A., 2004, p. 73).

¹⁸³² V. T. Tuot, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement des différends », RFDA, 2003, p. 312.

¹⁸³³ V. Conseil d'État, 2 février 2011, Société TV Numeric, n° 329254, R.F.D.A., 2011, p. 446 : « Considérant que, dès lors que le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait, par sa décision du 28 avril 2009, pris parti sur l'abrogation de l'autorisation délivrée à Canal J pour l'utilisation d'une ressource radioélectrique pour l'exploitation d'un service de télévision à caractère national diffusé sous conditions d'accès par voie hertzienne terrestre en mode numérique, il n'y avait plus matière à un règlement de différends entre la société Canal J et la société requérante sur le fondement de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 ; que, par suite, la société TV Numeric n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision du 20 juillet 2009 par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas accueilli ses conclusions tendant à ce qu'il règle les différends relatifs à la

La portée de cette définition permet donc de circonscrire le champ du règlement des différends face à certains autres contentieux proches. Ces précisions apportées, est-il possible de systématiser la notion de partie au différend dans les secteurs régulés ?

3 — *Systématisation*

536. Le droit de la concurrence fournit une grille d'analyse synthétique qui permet d'appréhender et de systématiser la qualité des parties au différend. On peut ainsi considérer que le différend oppose une partie, propriétaire d'un bien qui a certaines des caractéristiques d'une infrastructure essentielle, et dont par conséquent l'autre partie a besoin pour exercer son activité (ce qui est bien la définition de l'infrastructure essentielle).

Ici, l'ensemble des secteurs à l'étude met face à deux situations : le bien en question est soit indispensable à l'exercice d'une activité (il pourra dans ce cas recevoir la qualification d'infrastructure essentielle), soit il est simplement nécessaire.

537. L'objet principal de la fonction de règlement des différends est d'organiser l'accès à un réseau, au sens physique du terme¹⁸³⁴. Le propriétaire de ce réseau peut en effet, en tant que propriétaire et comme propriétaire de tout bien, en interdire l'accès et, par conséquent, empêcher ses concurrents de développer leur activité pour accéder aux clients finals. Les textes établissent clairement que ces biens sont des réseaux¹⁸³⁵ qui ont donc, bien souvent, le caractère d'une infrastructure ou facilité essentielle.

538. Guillaume Dezobry fournit la définition suivante de l'infrastructure essentielle : « La notion de facilité essentielle peut être définie de deux manières. Envisagée dans une dimension verticale, une facilité essentielle peut être définie comme tout bien, matériel ou non, dont l'utilisation est indispensable afin d'exercer une activité économique déterminée. Envisagée dans une dimension horizontale, une facilité essentielle peut être définie comme une facilité pour laquelle il n'existe ni substitut réel ni substitut potentiel »¹⁸³⁶. Les définitions retenues par la doctrine mettent donc en présence deux critères : le contrôle sur un bien indispensable pour exercer une activité et l'inexistence de substituts¹⁸³⁷. Or, les biens des

poursuite de la diffusion du service Canal J au-delà du 30 avril 2009 et aux conditions de la résiliation du contrat de commercialisation conclu le 23 juillet 2007 entre la société requérante et la société Canal J SAS ».

¹⁸³⁴ Il n'y a pas de définition juridique du réseau. Il y a des définitions techniques ou économiques mais qui ont peu de pertinence juridique. Une analyse de droit privé a été entreprise sous la direction de G. Teubner mais qui ne fournit pas d'aide ici : V. G. Teubner, (dir.), *Networks : legal issues of multilateral co-operation*, Oxford Portland, Or., Hart Publishing, Coll. International studies in the Nordic countries. Newsletter., n° 6, 2009, spéc. introduction de G. Teubner.

¹⁸³⁵ V. l'article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques ; l'article 5-5 du Code des postes et des communications électroniques dans le domaine postal, article qui mentionne même « l'accès aux moyens indispensables à l'exercice de l'activité postale » ; l'article 38 de la loi du 10 février 2000 ; l'article 185(1) du Communications Act de 2003 ; les articles 66A à 66D du Water Industry Act de 1991 ; article 23 du Electricity Act de 1989 ; article 27B du Gas Act de 1986 ; article 17 du Railways Act de 1993.

¹⁸³⁶ V. G. Dezobry, *Essentialité en droit communautaire de la concurrence. Contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles*, thèse préc., p. 511. V. aussi la définition donnée par Glossaire des termes de concurrence : « Installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques ».

¹⁸³⁷ V. Ch. Gavalda, G. Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, Coll. Manuel, 5^e éd., 2006, n°633 ; M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., n° 267. La notion d'infrastructure essentielle correspond en général à la notion économique de monopole naturel. Les réseaux des

entreprises de ces secteurs répondent à cette définition et, pour certains, ont reçu cette qualification juridique¹⁸³⁸. Cette qualification pourrait aussi être attribuée dans le domaine de la propriété intellectuelle. En effet, le droit de la concurrence s'applique aux abus de position dominante qui ont pour origine un droit de propriété intellectuelle. Dans ce domaine en effet, comme le remarquent Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphanie Payet « l'entreprise dominante, titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, paraît disposer, par définition, du droit d'en refuser l'accès »¹⁸³⁹. Le juge européen a néanmoins jugé dans l'arrêt dit Magill que le droit des infrastructures essentielles pouvait être transposé dans ce domaine lorsqu'il aboutit à un abus¹⁸⁴⁰. Le règlement des différends peut donc rentrer dans ce cadre. On est ici face à une partie qui dispose d'une œuvre dont elle peut contrôler l'accès grâce à des mesures techniques de protection. Le problème ici est la mesure technique de protection qui « interdit ou restreint l'accès à l'œuvre et limite ses copies [...] ». En d'autres termes, la mesure technique est à l'œuvre ce que le verrou et la serrure sont à une porte. Dans les deux cas, il s'agit d'interdire l'accès à un objet de droit de propriété, immatériel dans un cas et matériel dans l'autre »¹⁸⁴¹. La mesure technique permet donc de réaliser le monopole de l'auteur sur sa création intellectuelle.

539. Face à cela, la Haute autorité peut intervenir en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. Les mesures techniques de protection en question peuvent en effet nuire à l'activité des éditeurs de logiciel, fabricants de systèmes techniques et exploitants de service¹⁸⁴². Dans ce cas de figure, la mesure technique nuit donc à l'activité avale de certaines entreprises¹⁸⁴³.

540. Dans le domaine audiovisuel aussi, on retrouve une problématique de réseau. Le règlement des différends sert à surmonter un problème de « distribution d'un service de radio

secteurs à l'étude se caractérise justement par une situation de monopole naturel : l'inexistence de substituts résultant du coût élevé des infrastructures et de l'inefficacité de la substitution (V. par ex. M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., n° 63)

¹⁸³⁸ V. La qualification de facilité essentielle a été mise en œuvre dans le domaine de l'électricité pour E.D.F. (Conseil de la concurrence, 10 déc. 1996, É.D.F., B.O.C.C.R.F. 6 mars 1997, Rec. Lamy no 714, obs. F. Berthault), des télécommunications pour France Télécom (Conseil de la concurrence, 1er janv. 1999, NC Numéricable, n° 99-MC-01, B.O.C.C.R.F. 27 avr., LPA n° 232, 22 nov. 1999, p. 25, obs. M. Arsac), de l'eau (Conseil de la concurrence, 31 mai 2000, avis, n° 00-A-12, prix de l'eau en France), des infrastructures ferroviaires (Commission européenne, 23 août 2003, GVG-FS, J.O.U.E. n°L 11, 16 janvier 2004, pour le tunnel sous la manche, TPI, 15 septembre 1998, aff. T 374, 375, 384 et 388/94. V. Pierre Arhel, *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, mai 2009, n° 401, in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz ; I. Touré, « Network access and essential facilities in the energy sector: An overview of European and national case laws », e-Competitions, n° 31835 (cet auteur fournit une abondante jurisprudence tant communautaire que des États-membres montrant la manière dont cette doctrine a été appliquée avec fruit à ce secteur, permettant de promouvoir la concurrence sur ce marché).

¹⁸³⁹ V. M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., n° 269.

¹⁸⁴⁰ V. C.J.C.E., 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (R.T.E.) et a. c. Commission, aff. jointes C-241 et 242/91 P, Rec. I-743.

¹⁸⁴¹ V. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec Coll. Manuels, 2^e éd, 2009, n° 331, p. 280. L'article L. 331-5 définit de manière fonctionnelle la mesure technique dite efficace : « Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre (...) sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa ».

¹⁸⁴² V. l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁸⁴³ Mais lorsque le règlement des différends a pour objet de défendre l'exception de copie privée qui n'est pas une activité commerciale ce raisonnement ne fonctionne pas.

ou de télévision»¹⁸⁴⁴, la partie saisissante pourra ainsi être un éditeur ou un distributeur¹⁸⁴⁵ qui a besoin de se faire diffuser, d'accéder au réseau du distributeur. Par l'intermédiaire de leur réseau, les diffuseurs ont entre leurs mains l'avenir de certaines chaînes. Il s'agit donc de contrôler la manière dont elles utilisent leur réseau¹⁸⁴⁶.

541. Le secteur du cinéma se distingue ici. Dans le secteur du cinéma, les litiges concernent des problèmes de « diffusion en salle des œuvres cinématographiques et qui ont pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général »¹⁸⁴⁷. François Colly explique ainsi que, dans l'esprit de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, il s'agissait d'« en particulier de doter les exploitants indépendants de salles de moyens de défense plus efficaces face aux « circuits » de salles en leur permettant de ne pas être privés des films « porteurs » »¹⁸⁴⁸. Mais, à l'inverse, cette loi permet aussi de contrôler le pouvoir des exploitants de certaines salles : « des exploitants de salles en situation dominante dans une zone de chalandise peuvent concentrer la diffusion de films au détriment d'autres salles, notamment indépendantes. Ils peuvent aussi refuser à tel distributeur leurs meilleures salles, imposer des tarifs de location faibles ou exiger des conditions de location particulières ou liées. Il en résultera des atteintes à la concurrence et à la qualité de l'offre culturelle »¹⁸⁴⁹. L'accès à un bien (un film ou une salle) est toujours en cause, mais l'existence de concurrents rend difficile l'utilisation de la notion d'infrastructure essentielle. Le seul point commun est l'existence d'un bien dont un opérateur a besoin pour la prospérité de son activité. Le bien n'est pas indispensable, il est nécessaire.

542. On voit que dans tous les cas une partie dispose d'un bien, que celui-ci puisse être qualifié d'infrastructure essentielle ou non, et qu'une autre en a besoin pour son activité. Ce bien est soit indispensable, soit nécessaire à son activité.

543. Par souci d'exactitude, il faut mentionner enfin le cas de l'exception pour copie privée que la Haute autorité a aussi en charge, dans le cadre du règlement des différends, d'assurer. Ici, par conséquent, il ne s'agit pas d'une opposition commerciale, mais d'une opposition dans l'exercice de droits. Certes, les parties qui saisissent les autorités sectorielles sont aussi, bien souvent, titulaires du droit subjectif d'accès, mais alors leur objectif est d'exercer une activité commerciale. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le règlement des différends a aussi pour objet d'éviter que les mesures techniques de protection ne privent de leur droit « les bénéficiaires de l'exception de copie privée »¹⁸⁵⁰. On est donc ici face à une opposition

¹⁸⁴⁴ V. article 17-1 de la loi de 1986 préc..

¹⁸⁴⁵ V. article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁸⁴⁶ V. article 34 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication ; sur ce point Lamy Droit des Médias et de la Communication, Partie 3 Audiovisuel, Titre 2 Télévision, Le régime juridique applicable aux distributeurs de services, n°324-86 ; G. Weigel, F. Fontaine, « La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », préc., spéc. p. 72.

¹⁸⁴⁷ V. l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (préc.).

¹⁸⁴⁸ V. F. Colly, « Le Médiateur du cinéma. La régulation de la concurrence et de l'offre culturelle dans le secteur de la diffusion des films », art. préc., p. 66.

¹⁸⁴⁹ V. F. Colly, « Le Médiateur du cinéma. La régulation de la concurrence et de l'offre culturelle dans le secteur de la diffusion des films », art. préc., p. 71.

¹⁸⁵⁰ V. l'article L. 331-6 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose : « Le bénéfice de l'exception pour copie privée et des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 est garanti par les dispositions des articles L. 331-7 à L. 331-10, L. 331-33 à L. 331-35 et L. 331-37 ». Or l'article L. 331-33 dispose bien : Toute

pure de droits : le droit de propriété intellectuelle sur une œuvre, qu'une mesure technique vient rendre plus effectif, et le droit à la copie privée, limite au monopole de l'auteur.

La qualité des parties au différend est donc assez circonscrite. Elle est aussi délimitée par la nationalité des parties.

B — La nationalité des parties

Les directives dans les différents secteurs ménagent bien la situation des litiges transfrontaliers. Les parties à la procédure de règlement des différends doivent donc appartenir à un seul État membre. Si les deux parties au litige ne font pas partie du même État membre, la procédure à suivre est celle relative aux litiges transfrontaliers¹⁸⁵¹.

Après avoir précisé la qualité des parties au différend en tentant, malgré la diversité des secteurs, d'en fournir une approche synthétique, il est nécessaire d'aborder le domaine du différend.

IV — Le domaine du différend

544. Le domaine du différend, c'est-à-dire la détermination du service, de l'activité des entreprises saisissantes (communications électroniques, énergie, audiovisuel) ne soulève pas de difficultés dans la plupart des domaines. Pour la même raison que celle évoquée précédemment, la non-publication des décisions d'irrecevabilité, cette jurisprudence n'est pas disponible concernant le Royaume-Uni.

545. Il est un domaine, celui des télécommunications, où le phénomène de la convergence a pu créer des confusions. Les réseaux de télécommunications servant de manière croissante à transporter des données autres que la voix et des communications téléphoniques, il a pu sembler difficile de fixer la compétence spécifique de l'autorité sectorielle en charge des télécommunications.

546. La question centrale fut donc celle de la qualification de services de télécommunication. Cette qualification a pu sembler difficile dans le cas de la commercialisation de services d'accès à Internet sur les réseaux câblés. Les litiges opposant les opérateurs du câble à France Télécom à propos de conventions visant à proposer des services d'accès à Internet illustrent

personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 ou toute personne morale agréée qui la représente peut saisir la Haute Autorité de tout différend portant sur les restrictions que les mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 apportent au bénéfice desdites exceptions ».

¹⁸⁵¹ V. ainsi dans le secteur des communications électroniques l'article 21 de la directive 2009/140. V. dans le secteur énergétique l'article 23 §10 de la directive 2003/54/CE et l'article 25 §10 de la directive 2003/55/CE. V. les développements de Hubert Delzangles sur la manière différente dont le droit européen envisage le règlement des litiges transfrontaliers entre les secteurs de l'énergie et des communications électroniques : « le droit communautaire n'a pas la même approche de la résolution des litiges transfrontaliers, selon qu'il s'agit du secteur des communications électroniques ou de celui de l'énergie. Lorsque les litiges connaissent une diversité d'intervenants et de situations, la coopération des régulateurs prévaut, dans l'optique d'une résolution concertée du litige respectant les compétences de chacun. En revanche, lorsque les litiges sont stéréotypés, c'est-à-dire qu'ils se résument au conflit entre un gestionnaire de réseau et un opérateur entrant, une règle de répartition des affaires est posée par le droit communautaire » (L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, thèse préc., pp. 635-636).

cette difficulté¹⁸⁵². L'opérateur historique tenta de démontrer l'incompétence de l'autorité sectorielle des télécommunications pour vider ce litige au motif que les services offerts par les entreprises du câble « relevaient essentiellement de l'audiovisuel et ne constituaient pas des services de télécommunications ». Mais, comme l'explique Isabelle de Silva, le législateur n'a pas « entendu élever des cloisons étanches entre le monde des télécommunications et celui de l'audiovisuel », permettant ainsi à la Cour d'appel de Paris d'étendre la compétence de l'Autorité de régulation des télécommunications à ces entreprises. En se fondant sur la définition de ces services contenus dans les directives européennes du 28 juin 1990 sur la libéralisation totale des télécommunications et celle relative à la fourniture d'un réseau ouvert qui définit les services de télécommunications comme des services dont la fourniture consiste, en tout ou en partie, en la transmission et/ou l'acheminement de signaux par des réseaux de télécommunications, [...], « le service d'accès à l'Internet entre bien dans le cadre de cette définition »¹⁸⁵³. L'autorité sectorielle était donc bien compétente pour statuer sur des litiges relatifs à l'accès à Internet qui sont bien des services de télécommunications.

La compétence de règlement des différends de l'autorité sectorielle des télécommunications a eu un effet d'attraction certain. De nombreuses entreprises exerçant une activité connexe ont ainsi cherché un remède à leurs litiges avec l'opérateur historique France Télécom devant elle. Aussi s'est-elle déclarée incompétente pour traiter par exemple des litiges concernant les contrats audiotel, incompétence confirmée par la Cour d'appel de Paris¹⁸⁵⁴.

Conclusion du § 2 et de la Section 1

Les éléments du différend permettent de mieux cerner la fonction correspondante des autorités sectorielles : la cause, les caractères, les parties et le domaine du différend sont autant de bornes au champ de cette fonction.

La cause générale du différend doit être trouvée dans un conflit entre deux prétentions : l'une relative à un droit de propriété et l'autre relative à un autre droit subjectif, un droit d'accès que le législateur est venu consacrer.

Ensuite, les caractères du différend sont établis par l'existence d'une rupture, d'un échec des relations commerciales. Cet échec peut d'ailleurs être constitué et prouvé de plusieurs manières. En général, il sera mis en évidence par l'existence d'un refus opposé à la prétention d'une partie.

La qualité des parties est un troisième moyen de préciser la notion de différend. Malgré les différences entre les domaines et les pays étudiés, il est possible d'affirmer que le différend oppose une partie propriétaire d'un bien, à une autre qui en a besoin pour exercer son activité économique.

¹⁸⁵² Pour un exposé du combat qui a opposé ces acteurs v. N. Vulser, « Désaccords entre France Télécom et les câblo-opérateurs », Le Monde, 23 juin 1998.

¹⁸⁵³ V. Cour d'appel de Paris, Chambre 1, section H, 28 Avril 1998, S.A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec, n° JurisData 1998-021050. V. le comm. I. de Silva, « Conditions d'ouverture des réseaux câblés aux services de télécommunication », préc..

¹⁸⁵⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., sect. H, 15 décembre 1998, n° 1998/16624, Société Copper Communication c. France Télécom. V. « Contrat Audiotel et incompétence de l'Autorité de régulation des télécommunications », Revue Lamy Droit des Affaires, 1999, n°15 ; N. Finet, « Compétence ou incompétence de l'ART en télématique ? », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mars 1999, n° 111.

Enfin, le domaine du différend a pu poser certains problèmes, essentiellement en France, en raison des phénomènes de convergence.

Section 2 — *L'objet de la fonction de règlement des différends : un procédé de réglementation relatif à l'accès*

L'objet de la fonction de règlement des différends est constitué de trois éléments : il s'agit d'un procédé de réglementation (§ 1), relatif à l'accès (§ 3), qui porte le plus souvent sur un contrat existant ou à venir, mais pas exclusivement (§ 2).

§ 1 — Un procédé de réglementation

547. Nous reviendrons sur ce point quand il s'agira de définir le produit de la fonction de règlement des différends, à savoir l'émission d'une injonction qui est un acte administratif. Il faut toutefois affirmer d'emblée, dans le cadre de l'étude de l'objet de la fonction de règlement des différends, qu'il s'agit d'abord d'une fonction de réglementation et non d'une fonction d'arbitrage et de règlement des conflits.

Ce point, comme nous le montrerons plus bas, est l'objet de nombreuses confusions, davantage en France qu'au Royaume-Uni d'ailleurs¹⁸⁵⁵. Pourtant, le but de ce procédé est clair : il s'agit, à l'occasion d'un différend, d'orienter les contrats de manière à favoriser la concurrence. La décision qui en résulte peut très bien s'écarter des conclusions des parties, et le devrait si les conclusions des parties amenaient l'autorité administrative à prendre une décision contraire aux missions qui lui ont été assignées par la loi.

En réglant le différend, l'autorité sectorielle remplit l'office que le droit de l'Union européenne et la loi lui ont confié. Le différend est l'occasion pour se saisir d'un contrat qui ne remplirait pas les objectifs de la législation. Nous reviendrons plus longuement sur ce point au moment l'étude du produit de la fonction de règlement des différends.

L'objet premier est donc de réglementer un contrat relatif à l'accès. C'est donc ces notions qu'il faut à présent étudier, sachant que si la notion d'accès est centrale, l'existence d'un contrat n'est-elle pas systématique.

§ 2 — L'existence d'un contrat : importance et relativité

548. Le règlement des différends, comme l'accès qu'il prolonge à un double objet : un objet contractuel et un objet matériel, les deux étant indissociables. L'accès ne peut avoir lieu que par l'existence d'un contrat, et il ne se réalise que par l'accomplissement de prestations matérielles sur les biens du propriétaire du réseau¹⁸⁵⁶. Comme l'explique Laurence Boy, résumant ce double aspect tout en lui donnant une valeur plus générale : « le fonctionnement

¹⁸⁵⁵ V. par ex. Winsor v Bloom [2002] EWCA Civ 955 ; The Queen On the application of London and Continental Stations and Property Limited v The Rail Regulator [2003] EWHC 2607 (Admin), spéc. § 28 ; , T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc [2008] CAT 12 (20 May 2008), spéc. § 181.

¹⁸⁵⁶ V. sur ce point l'explication très claire du juge Morgan dans le contentieux Digicel (Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc, préc., § 56 suiv.).

des marchés repose sur les formes les plus absolues de la subjectivité juridique que sont le contrat et la propriété ou plus exactement les formes d'appropriation privatives »¹⁸⁵⁷. Contrat et propriété sont en effet les deux facettes et les deux objets du règlement des différends¹⁸⁵⁸.

549. Que cette exigence soit explicite¹⁸⁵⁹ ou implicite¹⁸⁶⁰ dans les textes, la fonction de règlement des différends a toujours pour objet premier un contrat, qui n'est, comme l'explique Marie-Anne Frison-Roche, « qu'un mode de concrétisation des droits d'accès »¹⁸⁶¹. L'accès ne peut en effet se réaliser que par la conclusion d'un contrat¹⁸⁶² qui sera nécessairement très précis, devant prévoir l'ensemble des conditions du service¹⁸⁶³.

550. En France, la loi est venue préciser que les contrats en question sont des contrats de droit privé¹⁸⁶⁴ — on remarquera qu'il en est de même en Allemagne¹⁸⁶⁵. Cette précision n'est aujourd'hui plus nécessaire puisque, désormais, dans la plupart des domaines étudiés les parties sont toutes des personnes privées¹⁸⁶⁶. Or, l'existence d'un contrat administratif obéit

¹⁸⁵⁷ V. L. Boy, « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications (réflexions contributives à la notion de régulation) », Rapport intermédiaire au G.I.P. « Droit et Justice » du Ministère de la justice, Juillet 1999, spéc. p. 7.

¹⁸⁵⁸ V. aussi par ex. la manière dont est rédigé l'article 17 du Railways Act de 1993 : « directions requiring facility owners to enter into contracts for the use of their railway facilities ». On ne peut mieux résumer les deux aspects de la question.

¹⁸⁵⁹ V. par ex. l'article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; les articles L. 5-4, L. 5-5 (secteur postal) et L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques (« conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques ») ; article 17 du Railways Act de 1993, article 66D du Water Industry Act de 1991

¹⁸⁶⁰ V. par ex. l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, qui ne mentionne pas l'existence d'un contrat mais établit que le litige pourra porter sur les « conditions techniques et financières » du service.

¹⁸⁶¹ V. M.-A. Frison-Roche, « Le régulateur encadre les modes d'accès au stockage de gaz naturel », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 110-111, spéc. p. 111.

¹⁸⁶² V. surtout l'explication des deux phases de l'interconnexion (une phase contractuelle qui précède une phase matérielle) dans le contentieux Digicel (Digicel (St Lucia) Ltd v Cable & Wireless Plc [2010] EWHC 774 (Ch), spéc. §56 ; V. aussi de manière plus anecdotique par ex. ce jugement du Competition Appeal Tribunal, T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc [2008] CAT 12 (20 May 2008), §4 (« Network operators enter into contractual arrangements with each other for the provision of access to each other's networks »).

¹⁸⁶³ V. par ex. dans le cas du contrat d'accès entre Royal Mail, l'opérateur historique anglais et le nouvel entrant les affirmations de Postcomm (Promoting Effective Competition in UK Postal Services Through Downstream Access - Observations on the Agreement Between Royal Mail and UK Mail Ltd on Access To Royal Mail's Delivery Network, March 2004, §2.39 et 2.40). Ce document de Postcomm n'est pas rendu obsolète par le transfert de ses fonctions à Ofcom en 2011, car la loi impose à Ofcom de tenir compte des décisions rendues par Ofcom (Postal Services Act 2011, Schedule 9, § 12).

¹⁸⁶⁴ V. l'article L. 34-8 du Code des postes et des communications électroniques qui dispose : « L'interconnexion ou l'accès font l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées ». V. X. Strubel, « Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécommunications », Lex Electronica, vol. 4, n° 1, 1998 ;

¹⁸⁶⁵ V. S. Willmsky, K. W. Riehmer, « Resolution of interconnection disputes under German telecommunications law », Computer and Telecommunications Law Review, 1998, 4(7), pp. 228-233, spéc. p. 228.

¹⁸⁶⁶ E.D.F., établissement public industriel et commercial depuis sa création en 1946 (par loi n° 46-628 du 8 avril 1946) a été transformée par la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières en société anonyme. La même loi fait subir le même sort à G.D.F.. France Télécom, service de l'État, devient « exploitant public » par la loi 2 juillet 1990 avant d'être transformé en société anonyme par la loi de 1996. Concernant La Poste, la loi du 9 février 2010 organise la transformation de cette entité en société anonyme pour préparer l'ouverture à la concurrence. Toutefois, dans le secteur ferroviaire, le gestionnaire du réseau, Réseau ferré de France est E.P.I.C.d'après la loi n° 97-135 du 13 février 1997. La loi

en droit français à la condition qu'au moins une personne publique soit partie au contrat¹⁸⁶⁷. De même, l'avocat général Colomer note que « L'interconnexion passe par la voie des relations entre personnes privées ; elle se rapproche du caractère d'institution de droit privé »¹⁸⁶⁸. Au Royaume-Uni, il n'y a pas de droit des contrats administratifs même s'il existe des régimes spéciaux aménagés pour les besoins des contrats des personnes publiques¹⁸⁶⁹, aussi les contrats d'interconnexion sont, à n'en pas douter, des contrats de droit privé.

Cet aspect contractuel sert un autre but : l'utilisation des biens du propriétaire du réseau. C'est pourquoi le second aspect du règlement des différends est l'accès aux biens.

Cependant, certaines décisions manifestent un pur aspect matériel, assurer un accès à l'infrastructure, sans que l'aspect contractuel soit présent, mais ces décisions sont marginales¹⁸⁷⁰.

Il s'agit à présent d'élaborer et de comprendre la notion d'accès.

§ 3 — Le différend a pour objet l'accès

Pour comprendre et prendre la véritable mesure de la notion d'accès, il est nécessaire de mettre en évidence trois éléments : la nouveauté de cette notion d'accès en droit, en essayant d'en retracer la généalogie (I) la définition de la notion (II) pour montrer, en dernière instance, que cette notion est bien l'objet de la fonction de règlement des différends (III).

I — La nouveauté de la notion d'accès en droit

Dans L'âge de l'accès, Jeremy Rifkin émet le diagnostic suivant : « Le rôle de la propriété est en train de subir une transformation radicale. Les conséquences de cette évolution sont d'une importance et d'une portée fondamentales pour notre société. La modernité avait fait du marché et de la propriété deux concepts pratiquement synonymes. De fait, l'économie capitaliste est fondée sur l'idée même d'échange de droits de propriété sur un marché [...]. Mais ce fondement même de notre modernité est en train de s'écrouler [...] sous l'impact de

du 8 décembre 2009 ne précise d'ailleurs pas la nature juridique du contrat de sillon passé avec R.F.F.. V. T.C., 13 décembre 2010, Société Green Yellow et autres c. Électricité de France, n° 3800 : « que les contrats, prévus à l'article 10 de la loi du 10 février 2000, entre la société E.D.F., qui n'exerce dans ce domaine aucune mission pour le compte d'une personne publique, et les producteurs autonomes d'électricité sont conclus entre personnes privées », ne sont donc pas des contrats administratifs.

¹⁸⁶⁷ V. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 5^e éd., pp. 119 suiv. En principe les contrats entre personnes privées sont des contrats de droit privé en dehors de la théorie du mandat – mandat d'origine civiliste ou mandat « administratif » –, de l'exception législative, et de la transformation d'une personne publique.

¹⁸⁶⁸ V. Conclusions de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 10 juin 2008 (spéc. § 64) sous l'arrêt C.J.C.E., 2^e ch., 13 novembre 2008, Commission des Communautés européennes contre République de Pologne, aff. C-227/07.

¹⁸⁶⁹ V. P. Craig, M. Trybus, « Angleterre et Pays de Galles », pp. 339 suiv., in *Droit comparé des contrats publics*, R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), Bruylant, Coll. Droit administratif / Administrative law, n° 5, 2010.

¹⁸⁷⁰ V. par ex. A.R.A.F., décision n° 2011-010 du 3 mai 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Euro Cargo Rail à la SNCF et à RFF portant sur des activités de fret en gare de Cerbère. Cette décision ne porte pas sur la signature d'un contrat mais porte bien sur l'amélioration de l'accès.

toute une constellation de nouvelles réalités économiques [...]. Cette ère nouvelle voit les réseaux prendre la place des marchés et la notion d'accès se substituer à celle de propriété »¹⁸⁷¹. Cette notion d'accès s'analyse surtout aujourd'hui en droit comme accès à un marché, notion cardinale du droit européen de la concurrence¹⁸⁷². Mais cette notion d'accès n'a pas aujourd'hui qu'une portée en droit interne sur le droit de propriété. La première reconnaissance de l'importance de cette notion a été réalisée au niveau international avec les accords globaux et régionaux concernant l'accès aux différents marchés. « L'accès aux marchés, remarque la doctrine, est à l'évidence la préoccupation centrale en matière de commerce international »¹⁸⁷³. Ainsi, on ne peut que constater que la notion d'accès a droit de citer et se situe au premier plan des relations internationales, que ce soit dans l'Organisation mondiale du commerce ou de l'Union européenne. D'ailleurs, souveraineté et propriété ont souvent été associées. On trouve ainsi cette assimilation chez les civilistes français du XIX^e siècle comme Charles Demolombe : « Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet »¹⁸⁷⁴.

La recherche de la généalogie de cette notion d'accès doit commencer par le droit privé. L'accès est traditionnellement exclu par le droit privé des biens (A). Aussi, l'accès est-il traditionnellement une notion attachée au droit public, mais dans un contexte particulier (B). C'est l'époque contemporaine qui consacre cette notion (C).

A — Accès et droit privé des biens

551. La promotion de cette notion d'accès entraîne inévitablement, comme le diagnostique Laurent Richer, un « déclin du droit de propriété »¹⁸⁷⁵. Cette notion a en effet un caractère éminemment dérogatoire dans le droit des biens anglais et français. Dans le droit des biens de ces pays, le critère essentiel et premier de la propriété est l'exclusivité, le pouvoir d'exclure. En droit romain aussi, la propriété exprime ce rapport de pouvoir exclusif entre une personne et une chose¹⁸⁷⁶. Ce qui signifie que, traditionnellement, l'accès est la prérogative unique du propriétaire.

552. En droit anglais, ce principe est affirmé très clairement. Dans l'arrêt *Entick v Carrington*, Lord Camden affirme « Notre droit tient la propriété de chaque homme pour si sacrée, que nul ne peut pénétrer chez son voisin sans son accord »¹⁸⁷⁷. Aussi, l'action de *trespass* qui sanctionne l'inviolabilité de la propriété est-elle enracinée fermement dans le

¹⁸⁷¹ V. J. Rifkin, *L'âge de l'accès : La nouvelle culture du capitalisme*, Editions La Découverte, 2005, pp. 9-11, traduction de M. Saint-Upéry. Laurent Richer cite aussi cet auteur dans l'une de ses chroniques de la régulation (v. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A., 2004, p. 73).

¹⁸⁷² V. J. Snell, « The notion of market access: a concept or a slogan? » (2010) 47, *Common Market Law Review*, pp. 437-472.

¹⁸⁷³ V. D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Coll. Précis, 3^e ed., 2007, n°466.

¹⁸⁷⁴ C. Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris, Durand, 1870, n° 543, p. 462. D'ailleurs l'exercice des droits politiques, de la citoyenneté, est au départ, en Angleterre comme en France, assis sur la propriété.

¹⁸⁷⁵ V. L. Richer, « « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A., 2004, p. 73.

¹⁸⁷⁶ V. G. Samuel, « The many dimension of property », p. 40, in *Property and the Constitution*, Janet Mclean (ed.), Oxford, Hart, 1999.

¹⁸⁷⁷ *Entick v Carrington* préc., p. 817. Traduction de : « Our law hold the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour's close without his leave ».

*common law*¹⁸⁷⁸. Cette action en responsabilité est, dans les jugements, considérée comme fondée sur le *rule of law* lui-même¹⁸⁷⁹. En conséquence, l'accès doit être autorisé en droit anglais, par un acte unilatéral, une licence révocable à merci¹⁸⁸⁰ : pour reprendre les termes du même Lord Camden dans *Entick v Carrington* « toute invasion de la propriété, aussi infime soit-elle, constitue une infraction de *trespass*. Nul ne peut poser son pied chez moi sans mon autorisation »¹⁸⁸¹. La permission peut aussi être de nature contractuelle¹⁸⁸². Cette règle a toutefois été modifiée concernant certains types de biens — de nature « quasi publique » — pour lesquels une règle d'« accès raisonnable » (*reasonable access*) commence à émerger¹⁸⁸³. Cette nouveauté s'expliquerait par un refus contemporain de l'arbitraire et la privatisation de l'espace public¹⁸⁸⁴.

553. De même, en droit français, l'un des caractères essentiels de l'absolutisme du droit de propriété est son caractère exclusif. Le propriétaire a le monopole, il est le procureur de son bien et celui-ci est « mis en défense contre les entreprises de quiconque »¹⁸⁸⁵. Jean Carbonnier estime que, même si l'exclusivité n'est pas mentionnée à l'article 544 du Code civil, c'est que ce n'est pas nécessaire, car « À la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de propriété »¹⁸⁸⁶. Le droit de propriété est protégé aussi par le droit de la responsabilité¹⁸⁸⁷ et, si l'atteinte est le fait d'une personne publique, la voie de fait et l'emprise irrégulière¹⁸⁸⁸ permettront de rétablir le propriétaire dans son droit. Certes l'exclusivité du droit de propriété a connu certaines atteintes, il a été relativisé¹⁸⁸⁹, on observe aussi un brouillage des espaces

¹⁸⁷⁸ V. K. Gray, S. Francis Gray, *Elements of land law*, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2009, n°10.1.1. suiv.. V. aussi pour une application de ces règles au droit de la propriété intellectuelle (mais en droit américain) Z. Efroni, *Access-Right, The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press, 2010, spéc. Chap. 3.

¹⁸⁷⁹ *Bell v Maryland*, 378 US 226, spéc. p. 346 ; *Harrison v Carswell* (1976) 62 DLR (3d) 68, spéc. p. 83 d'après Justice Dickson.

¹⁸⁸⁰ V. K. Gray, S. Francis Gray, *Elements of land law*, préc., n°10.2.19 suiv..

¹⁸⁸¹ *V. Entick v Carrington* préc.. Traduction de : « every invasion of land, be it ever so minute, is a trespass. No man can set his foot upon my ground without my licence »

¹⁸⁸² V. K. Gray, S. Francis Gray, *Elements of land law*, préc., n°10.3.

¹⁸⁸³ V. K. Gray, S. Francis Gray, *Elements of land law*, préc., n° 10.6.6.

¹⁸⁸⁴ V. sur ce point K. Gray, S. Francis Gray, « Private Property and Public Propriety », in *Property and the Constitution*, Janet Mclean (ed.), Oxford, Hart, 1999.

¹⁸⁸⁵ V. C. Atias, *Droit civil : les biens*, Paris, Litec, Coll. Manuel, 10e éd., 2009, pp. 95 suiv..

¹⁸⁸⁶ V. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, préc., p. 1641. Il est vrai à cet égard que Charles Demolombe lie les deux : « Le droit de propriété ne serait pas absolu, s'il n'était pas exclusif, et s'il pouvait être entravé ou diminué par le fait d'un tiers. Sous ce rapport, on peut dire que ces deux caractères essentiels de la propriété, d'être absolue et exclusive, se tiennent de très près et se confondent en quelque sorte » (Charles Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris, Durand, 1870, n° 471, p. 352 ; cité par M. Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, P.U.F., Coll. Fondements de la politique, Série Essais, 2004, p. 134).

¹⁸⁸⁷ V. « Le juge a l'obligation de sanctionner en nature toute atteinte à la propriété, afin d'assurer le maintien de "la plénitude des droits réels" » (Lamy Droit Immobilier, 2010, n°32).

¹⁸⁸⁸ « Il y a emprise irrégulière lorsque l'administration prend possession de manière irrégulière d'un bien immobilier » et il y a voie de fait lorsque « l'administration commet un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont elle dispose et qui porte atteinte aux droits fondamentaux » ici le droit de propriété. (V. J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, P. Terneyre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Précis, 5^e éd., p. 389).

¹⁸⁸⁹ V. É. Oosterlynck, « Propriété – Éléments. Caractères. Limitations » in *JurisClasseur Civil Code*, Art. 544, Fasc. 10, n°53 suiv..

publics et privés,¹⁸⁹⁰ mais ce caractère demeure central (sans toutefois qu'il puisse fonder, pour Xavier Dupré de Boulois, l'existence d'un pouvoir de réglementation unilatérale¹⁸⁹¹).

Cette position explique que la notion d'accès soit traditionnellement associée au droit public des biens.

B — L'accès, une notion traditionnellement associée au droit public des biens

554. L'accès, la liberté d'accès est, en Angleterre comme en France, une notion associée à la domanialité publique¹⁸⁹². Les individus ne bénéficient, *a priori*, d'un droit d'accès, que sur les biens publics. Il est en effet constant en France que l'accès aux biens constituant le domaine public, lorsque celui-ci est affecté à l'usage de tous et que l'utilisation qui en est faite est collective et non privative, est libre. « L'accès aux voies publiques est, pour Yves Gaudemet, une liberté pour les usagers »¹⁸⁹³. Le domaine public en France est lieu d'exercice des libertés publiques, l'accès est donc libre et, de surcroît, égal pour tous¹⁸⁹⁴.

De même en Angleterre, même s'il n'existe pas de catégorie juridique de domaine ou de bien public, il y a néanmoins, des droits de nature publique attachés à certains biens (voies publiques, communs, etc.)¹⁸⁹⁵. Ces droits ont justement pour objet l'accès à ces biens.

555. Mais plus que d'accès, il s'agit ici de liberté. L'usage conforme des biens affectés à l'usage de tous est libre et il est donc logique que l'accès en soit le corollaire. Le régime qui, dans chacun des pays, confère un droit d'accès à un bien utilisé pourtant de manière privative par une personne morale est le régime du service public. Traditionnellement en effet, « l'application des principes d'égalité et de neutralité, des règles fondamentales du régime juridique du service public, postule que toute personne dispose d'un droit d'accès au service public. Ce droit est une concrétisation du « principe d'égalité » duquel découle le principe « d'égal accès au service public » dès que l'utilisateur répond aux différentes conditions que les règles spécifiques au service présupposent »¹⁸⁹⁶.

Existe-t-il une institution juridique au Royaume-Uni qui produirait les mêmes effets que celle de service public, en tant que celle-ci confère un droit d'accès aux usagers ? La méthode du droit comparé est de rechercher l'institution juridique qui, dans l'autre système, correspond à l'équivalent fonctionnel de celle étudiée¹⁸⁹⁷. Par conséquent, si l'on se demande quelle

¹⁸⁹⁰ V. sur ce point deux articles de Jean-Bernard Auby, « Espace public, espaces publics », Droit Administratif n° 7, Juillet 2009, repère 7 ; « Espaces publics et espaces privés dans la Ville et dans le Droit », in Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁸⁹¹ V. X. Dupré de Boulois, Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 248, 2006.

¹⁸⁹² V. sur la possibilité d'étendre une réflexion sur les biens publics aux pays de *common law* : C. Chamard, La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 33, 2004, pp. 160 suiv..

¹⁸⁹³ Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, tome 2, Droit administratif des biens, Paris : LGDJ, DL 2007, 13^e éd., p. 207, n°387.

¹⁸⁹⁴ V. J.-M., Auby, P. Bon, J.-B. Auby, P. Terneyre, Droit administratif des biens, n°171.

¹⁸⁹⁵ V. K. Gray, S. Francis Gray, Elements of land law, préc., n°10.7.

¹⁸⁹⁶ V. G. J. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Paris : Montchrestien, Coll. Domat Droit public 2^e éd., 2007, n°1257. V. aussi S. Braconnier, Droit des services publics, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit public, 2^e éd., 2007, p. 302.

¹⁸⁹⁷ V. A. Esin Örüci, « Methodology of comparative law », in Smits, Jan M. (ed.), 2006, The Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing : « At the level of micro comparison, it has been

institution juridique, dans le système de *common law*, confère un droit d'accès, la réponse est le régime du *common carrier*, qui a servi de base à celui du *public utility*¹⁸⁹⁸. Le *common carrier* est au départ défini en jurisprudence comme celui qui « pratique le transport en temps qu'emploi public ; il doit transporter tout le monde indifféremment [...] et à un prix raisonnable »¹⁸⁹⁹. Le régime du *common carrier*, limité au départ au domaine du transport, a été étendu aux *public utilities*¹⁹⁰⁰. Les biens affectés d'un intérêt public, que cet intérêt public se manifeste de par la nature de l'activité ou parce que les propriétaires bénéficient d'un monopole selon la jurisprudence *Allnutt v Inglis*, sont soumis à l'obligation de servir. Les exploitants de ces services ne peuvent exclure un usager sans justification¹⁹⁰¹.

On voit donc que l'accès concerne traditionnellement et uniquement les usagers, à l'exclusion des concurrents. Cette position est aujourd'hui remise en question.

C — L'émergence de la notion moderne d'accès

L'émergence de la notion contemporaine d'accès doit être replacée dans son contexte : le recul de l'exclusivité qui caractérise certains biens. Ce recul a aujourd'hui un double fondement : les droits de l'homme (1), le droit de la concurrence (2). On verra ensuite que ce problème de propriété a engendré la mise en place de nouveaux modèles patrimoniaux (3).

1 — L'accès et les droits de l'homme

556. Aussi, l'émergence de la notion d'accès, correspond-elle à une diminution contemporaine de l'exclusivité relativement à certains biens à la frontière du public et du

widely argued that the true basis of comparative law is 'functional equivalence'. Two distinct currents of functionalism are on offer: the 'functionalist method', one of the best-known working tools in comparative law, and 'functionalism' in the sense that law responds to human needs and therefore all rules and institutions have the purpose of answering these needs. The functional-institutional approach answers the question 'Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?' From the answer to this question the concept of 'functional equivalence' emerges. Comparative lawyers seek out institutions having the same role, i.e., having 'functional comparability', or solving the same problem, 'similarity of solutions'. What is undertaken here can also be the 'functional juxtaposition' of comparable solutions ».

¹⁸⁹⁸ V. sur ce point : « The later development of the common carrier doctrine must be seen in the light of the concept of public utility, a later reconstruction of the idea of common calling used particularly in the United States. The idea of public utilities is important in order to sketch the other aspect behind the common carrier doctrine, namely not the individual relation between one carrier and one customer, but the relation between carriers and the public in general, thus in practice the government regulation of the transportation industry, and the competition aspect » (L. Gorton, *The Concept of the common carrier in Anglo-American law*, Elanders boktryckeri aktiebolag, 1971, p. 27).

¹⁸⁹⁹ V. *Bailhache J. in Belfast Ropework Co Ltd v Bushell* [1918] 1 K.B. 210. Traduction de : « to make a man a common carrier he must carry as a public employment; he must carry for all indifferently; he must hold himself out as ready to carry for hire as a business and not as a casual occupation pro hac vice [i.e. on this occasion]. He is sometimes described as a person who undertakes for reward to carry the goods of such as choose to employ him from place to place. To this I think it would be safe to add the words 'at a reasonable rate' ». V. aussi Halsbury, vol. 5(1), §502: "A common carrier is one who exercises the public profession of carrying the goods of all persons wishing to use his services or of carrying passengers whoever they might be". V. Graham McBain, « Time to abolish the common carrier », *Journal of Business Law*, 2005, Sept., pp. 545-596.

¹⁹⁰⁰ V. Gustavus H. Robinson, « The Public Utility Concept in American Law », *Harvard Law Review*, Vol. 41, No. 3 (Jan., 1928), pp. 277-308.

¹⁹⁰¹ V. les dev. K. Gray, S. Francis Gray, *Elements of land law*, préc., n°10.6.10 suiv..

privé. En droit anglais, les tribunaux, après avoir accepté que la possibilité d'exclure sans restriction un groupe de jeunes d'un centre commercial se trouvant au centre de leur ville¹⁹⁰², ont invoqué la possibilité d'un changement dans le droit¹⁹⁰³. Les droits de l'homme jouent aussi un rôle dans ce recul de l'exclusivité, la Cour européenne des droits de l'homme estimant que « Là où l'interdiction d'accéder à une propriété à l'effet d'empêcher l'exercice de la liberté d'expression ou de détruire l'essence de ce droit, la Cour n'exclut pas qu'une obligation positive n'incombe à l'État de réglementer l'usage de la propriété privée pour permettre la jouissance d'un droit protégé par la Convention »¹⁹⁰⁴.

557. Exclusion de l'arbitraire, exercice effectif des droits fondamentaux et, enfin la libre concurrence sont désormais autant de motifs d'accès légitime à un bien. Par libre concurrence, il faut entendre l'application de la théorie des infrastructures essentielles qui, de manière générale, pratiquera une brèche dans le caractère exclusif du droit de propriété lorsque celui-ci, et sous certaines conditions, manifeste l'existence d'un abus de position dominante.

558. Aussi, les directives et les lois sectorielles qui confèrent toutes un droit d'accès s'insèrent-elles dans un mouvement juridique plus global tendant à reconnaître un droit d'accès à certains biens essentiels pour l'exercice de droits fondamentaux, d'une activité économique ou la construction d'un marché. Mais dans les deux cas, les titulaires de ce droit ne sont pas les mêmes : il s'agit dans le premier cas des citoyens tandis que dans le second il s'agit des concurrents.

2 — Accès et droit de la concurrence

559. En droit public, la règle de la liberté d'accès ne s'applique qu'aux usagers. Qu'en est-il alors des concurrents ? En effet, la notion d'accès telle qu'elle est utilisée dans les domaines étudiés entraîne des conséquences sur la concurrence.

L'exploitation des services publics en réseau s'est construite, après une période de liberté, en régime de monopole. Ce qui est d'ailleurs cohérent avec l'idée de propriété privée. Si la

¹⁹⁰² V. *CIN Properties Ltd v Rawlings* (1995) 2 EGLR 130. La Cour d'appel a censuré le jugement du county court qui avait reconnu un droit d'accès en refusant de considérer que l'exercice du pouvoir d'exclure du propriétaire soit assujéti au devoir d'être exercé de manière raisonnable.

¹⁹⁰³ V. le jugement du juge Sedley : « I am prepared to accept that the answer may no longer be a cursory "Of course". Both because London Electricity is a statutory undertaker providing a service essential to most people's lives and because its shop premises, when open, constitute an invitation to the public to enter and remain there for proper purposes, it is arguable that it cannot arbitrarily or improperly exclude or expel members of the public. The valuable article "Civil rights, civil wrongs and quasi-public space" by K. and S.F. Gray [1999] EHRLR 46 demonstrates that there may be more to be said in the future on the topic than was said by this court in *C.I.N. Properties v. Rawlins* [1995] EGLR 130. The control by the courts of the unreasonable exercise not only of public powers but of private powers donated by the state or possessing monopoly characteristics has a long history which, at least across the Atlantic, is far from spent: see P.P. Craig, "Constitutions, property and regulation" [1991] PL 538. One aspect of the argument is that the *common law* has historically limited certain private powers in the public interest » (*Porter v Commissioner of Police of the Metropolis* (1999) All ER D 11129).

¹⁹⁰⁴ V. Cour européenne des droits de l'homme, 4^e sect., 6 mai 2003, *Appleby and Others c. The United Kingdom*, n° 44306/98. Traduction de : « Where however the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been destroyed, the Court would not exclude that a positive obligation could arise for the State to protect the enjoyment of Convention rights by regulating property rights ».

propriété est le droit d'exclure, alors le propriétaire du réseau a le droit d'exclure ses concurrents en leur refusant l'accès à sa propriété. Cette conséquence est logique en *common law*. Les personnes publiques en *common law* étant jusqu'à récemment réputées n'exercer qu'un droit de propriété ordinaire, de même nature que le droit privé de la propriété, elles doivent avoir le droit d'exclure un concurrent¹⁹⁰⁵. On voit ainsi dans le rapport d'une commission au XIX^e siècle, dans le secteur des chemins de fer, qu'il est accepté par tous qu'une compagnie puisse refuser l'accès à ses infrastructures. Aussi, les compagnies se sont-elles élevées contre l'introduction d'obligation d'accès dans leur autorisation (autorisation qui prenait la forme d'une loi particulière du Parlement)¹⁹⁰⁶. C'est donc bien une conception juridique du droit de propriété qui exclut la notion d'accès et donc la concurrence.

560. Mais, en France, le même raisonnement n'est pas possible, car les biens des services publics en réseau étaient en majorité des dépendances du domaine public : le réseau ferroviaire¹⁹⁰⁷, les ouvrages de télécommunications¹⁹⁰⁸, postaux¹⁹⁰⁹ ; seuls les secteurs du gaz et de l'électricité en étaient exclus¹⁹¹⁰. Or, le domaine public est en principe régi par un principe de liberté. Le domaine public aurait pu être un espace de développement de la concurrence. Mais c'est précisément ce qui a été empêché dès les années 1920, années pendant lesquelles l'exclusion de la concurrence commence à être progressivement acceptée par le Conseil d'État et, par conséquent, la concurrence, éliminée, dans le domaine des réseaux.

¹⁹⁰⁵ Pour une affirmation que le droit de propriété d'une personne publique n'est en rien différent du droit de propriété privé : v. *The Queen v Committee for the Commonwealth of Canada* (1991) 77 DLR (4th) 358, spéc. p. 402^e par Justice La Forest. Cette affirmation est aujourd'hui rejetée en Angleterre : v. *R v Somerset CC, ex p Fewings* (1995) 1 WLR 1037, spéc. 1042G-H par Sir Thomas Bingham MR ; *Hillingdon LBC, ex parte McDonagh* (1999) 31 HLR 531, spéc. 539, d'après Justice Carnwath.

¹⁹⁰⁶ V. ce passage exemplaire de Foster : « Even earlier there had been the elimination by railways of competition from other users of their tracks. In 1839 a select committee noted that it was not practical to insist that a railway be a common carrier in the sense that any carrier could use its own locomotives and stock on it. Some years later the Gladstone Committee was to learn that, while the law allowed everyone access, rates could be set which made it cheaper to use the railway's own locomotives and wagons. Moreover, while the railway acts allowed other carriers access to the rails, the railways 'can refuse them coke, water, the use of their stations and fixed engines, turnplates and any assistance from their servants, unless they come to terms with the company. No parties could run on their lines without their consent and make a profit.' One railway representative explained to Gladstone's railway committee in 1844 that there were economies to be gained in railways running only their own trains and doing their own collection and delivery. Moreover, already some railway companies were starting lawfully to acquire, or reach agreements with, canals, coastal shipping and road carriers in order to limit competition. There were thus many ways in which monopoly power could be increased » (C.D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., p. 31).

¹⁹⁰⁷ Les voies ferrées font partie du domaine public depuis la loi du 15 juillet 1845. Quant aux gares et à leurs dépendances, le Conseil d'État a jugé qu'elles font parties du domaine public aussi : v. pour les gares (Conseil d'État, 25 avril 1951, Pépin, Rec. Lebon, p. 212). Pour la consistance du domaine public ferroviaire v. Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, tome 2 du *Traité de droit administratif*, préc., p. 100, n°178.

¹⁹⁰⁸ V. Conseil d'État, 16 nov. 1934, *Ministre des Travaux publics*, Rec. Lebon, p. 1078). Les lignes de télécommunications font partie du domaine public de l'État : v. J.-M., Auby, P. Bon, J.-B. Auby, P. Terneyre, *Droit administratif des biens*, n°89. V. aussi pour le régime transitoire établi par l'article 22 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications qui transfère à France Télécom, exploitant public les dépendances qui appartenaient auparavant au domaine public de l'État, jusqu'à la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996, les dév. in Antoine Durup de Baleine, Fasc. 77, *Domaine public, Télécommunications*, *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2004, n°5.

¹⁹⁰⁹ V. Le régime de la domanialité a été retiré aux ouvrages de La Poste par la loi du 11 décembre 2001. V. sur ce point Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, préc., n°101.

¹⁹¹⁰ V. Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, préc., n°100.

561. André de Laubadère a très bien montré ce changement dans sa thèse¹⁹¹¹. Au départ en effet, le concessionnaire ne détient aucun droit vis-à-vis de la concurrence. Mais, dans l'arrêt Sassey du 16 décembre 1921, le Conseil d'État ouvre une première brèche dans cet édifice. La ville d'Auxerre s'était engagée envers son concessionnaire, pour l'exploitation d'un service de transport de voyageurs, à ne pas autoriser de nouveaux services qui pourraient lui faire concurrence. Or, cette ville autorisa un nouveau service faisant directement concurrence au concessionnaire. Le Conseil reconnut dans cet arrêt que « la concession accordée au sieur Sassey comporte, pour la raison même du danger d'encombrement qui lui a fait imposer l'unité de service, garantie contre toute concurrence [...] »¹⁹¹². Cette garantie confère des droits au concessionnaire qui justifie son indemnisation. Mais André de Laubadère ajoute que le motif qui justifie ici le monopole — le danger d'encombrement — donne à ce monopole le caractère d'un monopole de police. Justement, « c'est cette réserve que l'on va voir disparaître : en détachant complètement le monopole des nécessités de la police, le Conseil d'État, [...] va imposer ce point de vue que son établissement comme sa réalisation cesse d'appartenir à l'ordre de la police pour pénétrer sur le terrain de l'intervention économique »¹⁹¹³. L'argument d'André de Laubadère est corroboré par les deux arrêts Mironneau et Société des autobus antibois¹⁹¹⁴. Dans le premier, l'indemnisation du concessionnaire est exigée même si le concurrent est autorisé sur un autre tracé¹⁹¹⁵, et dans le second le Conseil d'État juge qu'« il appartenait au maire d'interdire aux entreprises privées d'effectuer tout trafic de voyageurs dans l'intérieur de l'agglomération de façon à empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire des transports en commun dans ladite agglomération et il était en droit, dans l'intérêt de la commodité et de la sécurité de la circulation de prescrire des itinéraires spéciaux... et d'une façon générale d'aménager dans la commune au mieux de l'intérêt public les conditions de la circulation des entreprises de transport ». Pour André de Laubadère, cet arrêt fonde « une intervention purement et uniquement économique » qui a pour effet d'éliminer la concurrence¹⁹¹⁶. L'engagement de la responsabilité de la Commune que le Conseil d'État rend possible aboutit nécessairement à ce que le Maire refuse toute demande ayant pour effet de concurrencer le concessionnaire. Il n'y a donc plus d'accès à la concurrence. La protection du concessionnaire devient ainsi un devoir aux dépens de la concurrence¹⁹¹⁷. Même concernant les concessionnaires sans titre exclusif, la notion de protection contre la concurrence a tendu à s'étendre à cette hypothèse¹⁹¹⁸.

¹⁹¹¹ V. A. de Laubadère, *L'automobile et le régime de l'usage des voies*, Sirey, 1935, pp. 340 suiv..

¹⁹¹² V. Conseil d'État, 16 décembre 1921, Sassey, Rec. Lebon, p. 1063).

¹⁹¹³ V. A. de Laubadère, *L'automobile et le régime de l'usage des voies*, préc., p. 341. Cette évolution correspond au changement de la conception du domaine public dont la réglementation passe d'une logique de police à une logique de gestion (v. P. Yolka, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 191, 1997, p. 217).

¹⁹¹⁴ V. Conseil d'État, 29 janvier 1932, Société des autobus antibois, D. 1932.III.68, concl. R. Latournerie.

¹⁹¹⁵ V. Conseil d'État, 13 janvier 1933, Mironneau c. Ville d'Aix-les-Bains, D. 1933.III.8 : le sieur Mironneau « est, par contre, fondé à soutenir que ledit arrêté du 25 mai 1929, nonobstant la circonstance que l'itinéraire assigné aux autocars du sieur Carrière différerait de celui suivi entre les mêmes points par ceux du sieur Mironneau, porte atteinte aux droits qu'il tient de sa concession ».

¹⁹¹⁶ Le Commissaire du gouvernement Josse dans ses conclusions sous l'arrêt Tramway de Cherbourg (Conseil d'État, 9 déc. 1932, Rec. Lebon p. 1050, S. 1933.III.9) va plus loin puisqu'il affirme : « Le concédant peut, s'il le veut, venir en aide de la façon la plus efficace à son concessionnaire. Il peut (...) atténuer, sinon supprimer les efforts de la concurrence ».

¹⁹¹⁷ V. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, p. 200 : « De la possibilité de protéger le contractant de l'administration, on a pu dégager la nécessité de le protéger : cette protection n'est pas seulement un pouvoir de l'administration mais aussi un devoir pour elle, dans la mesure indispensable pour assurer l'exécution du contrat et, à travers elle, la réalisation du service qu'il a pour objet. C'est ce qu'a affirmé

562. Cette disparition s'explique largement par le caractère destructeur de la concurrence, la difficulté à assurer l'équilibre financier du service. Dans l'arrêt Société des autobus antibois c'est « l'équilibre financier de la concession, et à terme l'intérêt financier de l'administration concédante [qui] est implicitement considéré comme un but d'intérêt général justifiant la réglementation édictée »¹⁹¹⁹.

563. Dès ces années, la notion d'accès à la concurrence disparaît. Le pouvoir d'autorisation ne doit plus servir à favoriser la concurrence, mais à garantir la position des exploitants du service, des « *beati possidentes* »¹⁹²⁰. Ce constat, le lien qui s'est tissé progressivement entre le domaine public et le monopole, se retrouve tout autant au niveau de la police. Jean-Louis Gousseau a ainsi montré, à partir de l'étude de multiples régimes spéciaux, combien la préoccupation de l'Administration était, dans un secteur donné, de protéger les professionnels d'une « concurrence néfaste »¹⁹²¹. Le législateur a donc eu pour objet pendant toutes ces années de protéger les professionnels soumis à autorisation préalable, de la concurrence¹⁹²². Ainsi, ce que le Conseil d'État a autorisé pendant l'entre-deux-guerres s'est trouvé repris par le législateur. Ce même Conseil a d'ailleurs, à l'occasion, permis à l'Administration d'étendre son pouvoir d'autorisation préalable à des hypothèses non expressément prévues par la loi¹⁹²³. Ce pouvoir d'autorisation, dont « l'octroi ou le refus [...] relèvent, d'après la jurisprudence, du pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'autorité administrative [...] aboutit à multiplier les situations de monopoles »¹⁹²⁴.

564. C'est exactement la situation opposée à celle à laquelle on voudrait atteindre aujourd'hui. À présent, les autorités sectorielles doivent faire émerger et s'épanouir la concurrence. Mais pour cela, il fallut une transformation : considérer qu'un bien, fût-il du domaine public, soit aussi un marché. Le Conseil d'État affirme aujourd'hui, sur le fondement du droit de la concurrence, que l'octroi d'un monopole ne pouvait être admis que dans des

le commissaire du gouvernement Josse dans ses conclusions précitées sur l'arrêt Tramways de Cherbourg : « tous les efforts doivent être tentés pour sauver le service.... Il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge ». La formule peut être généralisée au profit de tout contractant auquel l'administration a confié une mission d'intérêt général. Elle conduit à obliger l'administration à ne pas laisser se développer des activités concurrençant celles du cocontractant, lorsqu'elle en a les moyens »

¹⁹¹⁸ V. la démonstration de G. Revel, « La protection des concessions de services communaux et intercommunaux de transport contre la concurrence des entreprises privées de transport en commun avant le décret-loi du 19 avril 1934 (La concurrence du Rail et de la Route) », *Annales du droit et des sciences sociales*, spéc., p. 233. Il montre que la jurisprudence a eu pour effet d'atténuer la distinction entre les deux types de concession.

¹⁹¹⁹ V. C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, Coll. Recherches Panthéon-Sorbonne, Série Sciences juridiques, tome 6, 1981, p. 249. Ce point est aussi développé par Ch. Blavoet, D. 1932.III.60. V. aussi l'avis de P. Yolka, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préc., p. 217.

¹⁹²⁰ V. F. Batailler, « Les *beati possidentes* en droit administratif », *R.D.P.*, 1965, p. 1072.

¹⁹²¹ V. J.-L. Gousseau, *Recherches sur les autorisations administratives individuelles dans l'interventionnisme économique de l'État*, Thèse dactyl., Poitiers, 1976, tome 1, p. 6.

¹⁹²² V. *Ibidem*.

¹⁹²³ V. Conseil d'État, Ass., 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Recueil Lebon 344 ; RD publ. 1964.1019, concl. Questiaux. V. les critiques virulentes d'André de Laubadère (AJDA 1964, p. 438-444, reprod. in Pages de doctrines, tome 1, pp. 158-159) : « Cette technique nous paraît, du point de vue de la technique générale d'amenuisement des libertés publiques, des plus discutables ».

¹⁹²⁴ V. J. Chevallier, « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, pp. 21-154, spéc.p. 36.

« circonstances exceptionnelles »¹⁹²⁵, l'autorité publique ne peut à cet égard que fournir au service public des « facilités particulières d'utilisation du domaine »¹⁹²⁶. Il consacre, par la même occasion, la notion d'accès à une infrastructure essentielle qui doit être conciliée avec les exigences de la sécurité et de la protection des biens du domaine public maritime, mais qui surtout fixe une limite à la constitution d'un monopole et donc à une exclusivité de l'accès au bien en question. L'autorité administrative gestionnaire du domaine public peut accorder des « facilités particulières » qui ne peuvent aller, en l'absence de circonstances exceptionnelles ou d'autorisation législative, jusqu'à accorder un monopole et donc une exclusivité d'accès¹⁹²⁷. À l'inverse, dans les secteurs régulés, sur le domaine public hertzien, le Conseil d'État admet la légitimité d'un traitement favorable du nouvel entrant, pour compenser sa situation différente et même défavorable, en raison de « l'intérêt général qui s'attache à l'ouverture du marché »¹⁹²⁸.

565. Aussi, dès l'entre-deux-guerres, et avant même la consécration des grands monopoles par les nationalisations de 1945, le droit accreditait l'idée que la concurrence dans le domaine des réseaux n'est pas praticable, et qu'il est du devoir de la puissance publique de l'exclure. Aussi le domaine perd-il progressivement, de par son utilisation par un service public, son caractère de lieu d'exercice des libertés publiques dans le domaine économique.

Dans le domaine économique, l'accès est donc une notion nouvelle, qui s'explique par l'apport de l'analyse économique. L'idée de contestabilité qui engendre celle d'accès s'explique par la prise de conscience que comme l'écrit Friedrich A. Hayek « ce n'est pas le monopole qui est nuisible, mais la suppression de la concurrence »¹⁹²⁹.

¹⁹²⁵ V. Conseil d'État, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Rec. p. 277 ; BJCL 2004.699 et CJEG 2004.487, concl. Collin ; AJ 2004.2210, note Nicinski ; AJ 2004.2309, chr. Charbit ; DA 2004.161, note Bazex et Blazy ; JCP Adm. 2004.1712, note Rouault). Sur le domaine public comme infrastructure essentielle : G. Gonzalez, « Utilisations commerciales du domaine public – Droit de la concurrence », *JurisClasseur Propriétés publiques*, Fasc. 79-50, n° 65 suiv. et n° 85 suiv..

¹⁹²⁶ V. P. Delvolvé, M. Long, P. Weil, G. Braibant, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., p. 276, n°5.

¹⁹²⁷ V. le considérant de principe de l'arrêt Département de la Vendée dont Yves Gaudemet estime qu'il exprime « l'état général du droit en la matière » (*Droit administratif des biens*, préc., p. 218, n°411) : « s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public ».

¹⁹²⁸ V. Conseil d'État, 12 octobre 2010, Sté Bouygues Télécom, n° 332393, *Revue juridique de l'économie publique* n° 683, Février 2011, dossier 7, concl. B. Bourgeois-Machureau ; *Revue juridique de l'économie publique* n° 683, Février 2011, dossier 2, note E. Guillaume, L. Coudray, spéc. n° 41 suiv.. Cet intérêt général est aussi reconnu dans l'arrêt : Conseil d'État, 27 avr. 2009, n° 312741, Bouygues Télécom ; *RJEP* 2009, comm. 34, concl. F. Lenica.

¹⁹²⁹ F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie*, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, tome 201, 1995, p. 757.

566. La notion d'accès aboutit à remettre en question le droit de propriété de l'opérateur historique sur son réseau : « La réglementation de l'accès [...] consiste à remettre en cause les droits de propriété de l'opérateur sur une partie de ses actifs. Cette remise en question se traduit de fait par une limitation de ses droits d'usage à travers l'obligation de fournir à ses concurrents un accès sur certaines infrastructures selon des conditions imposées »¹⁹³⁰.

567. L'accès constitue donc une atteinte au droit de propriété. Mais il n'y a atteinte qu'à partir du moment où la réglementation heurte les intérêts du propriétaire. C'est donc tout l'intérêt de la régulation dite incitative que de mettre en place un cadre réglementaire qui modifie les incitations du propriétaire afin que celui-ci ait intérêt à collaborer à l'ouverture du marché, ou en tout cas qu'il ne se trouve pas en conflit d'intérêts. Pour cela, il a fallu désintégrer le monopole autrefois intégré verticalement, ou mettre en place des mécanismes pour rendre cette entité la plus impartiale possible. Si le gestionnaire du réseau devient indépendant des autres acteurs du marché, il pourra gérer celui-ci dans le meilleur intérêt du réseau et du marché. L'indépendance a donc été le but recherché par les différents systèmes. Le modèle le plus abouti à ce niveau est certainement le modèle américain de gestion collaborative (« *collaborative governance* ») du réseau électrique. Le système américain d'opérateur de système indépendant (« *independent system operator* ») diffère radicalement du modèle européen. Ces opérateurs sont en effet des entités à but non lucratif, construits sur une base régionale, gérés par l'ensemble des acteurs du système (les producteurs d'électricité, les fournisseurs, mais aussi les consommateurs). Cette structure était censée offrir toutes les garanties d'indépendance ainsi qu'un traitement non discriminatoire des différents intervenants¹⁹³¹. En Angleterre, on trouve des arrangements similaires. Par exemple, dans le domaine ferroviaire, l'opérateur de réseau est, certes une entité publique, mais sans actionnaires et dirigé par un bureau représentant les différents acteurs du secteur. Le système le plus proche de celui-ci se retrouve dans les chemins de fer où en France, l'entité en charge du réseau est une entité publique, indépendante de l'opérateur historique. Dans les secteurs où la séparation n'a pas été possible, en raison de l'hostilité de l'opérateur historique¹⁹³², un système de filialisation et une réglementation très stricte de la gouvernance des entreprises de réseau ont été mis en place. Le troisième paquet énergie introduit ainsi tout un système de règles pour garantir l'indépendance opérationnelle du gestionnaire au motif que : « Seule la suppression des éléments qui incitent les entreprises verticalement intégrées à pratiquer des discriminations à l'encontre de leurs concurrents en matière d'accès au réseau et d'investissements est de nature à garantir un découplage effectif. La dissociation des structures de propriété, qui implique que le propriétaire du réseau soit désigné comme gestionnaire de réseau et qu'il soit indépendant des structures de fourniture et de production, est clairement un moyen efficace et stable de résoudre le conflit d'intérêts intrinsèque et

¹⁹³⁰ V. Th. Pénard, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, 2/2002 (t. XVI), pp. 293-312, spéc. n°20.

¹⁹³¹ V. sur ce point Charles H. Koch, JR « Collaborative Governance: Lessons for Europe from U.S. Electricity Restructuring », in *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, Bruylant, Coll. Droit administratif Administrative Law, (à paraître) ; R. F. Hirsh, *Power Loss: The Origins Of Deregulation And Restructuring In The American Electric Utility System*, The MIT Press, 1999.

¹⁹³² V. B. du Marais, « L'adoption sous haute tension du troisième « Paquet Énergie » », *Gazette du Palais*, 3 avril 2010, n° 93, p. 11.

d'assurer la sécurité de l'approvisionnement »¹⁹³³. Les directives énergie mettent donc en place des principes de gouvernance destinés à assurer l'impartialité du propriétaire du réseau¹⁹³⁴. De même, dans le secteur ferroviaire, la question de la propriété de l'infrastructure a entraîné une reconfiguration des systèmes de propriété, la propriété des gares restantes constituant un problème épineux¹⁹³⁵. On retrouve enfin la même problématique dans les télécommunications¹⁹³⁶.

Après avoir mis en évidence la généalogie de la notion d'accès, il faut tenter de la définir plus précisément.

II — La définition de la notion d'accès

La notion d'accès est une notion cardinale du droit européen de la concurrence : « un accès ouvert et non discriminatoire aux réseaux et à d'autres infrastructures essentielles fournies par des entreprises dominantes apparaît comme une condition préalable à une concurrence effective »¹⁹³⁷.

568. La première manière de définir l'accès est de le distinguer de notions voisines et singulièrement de la notion d'interconnexion. L'interconnexion, comme son nom l'indique, désigne la connexion de différents réseaux entre eux. Cette connexion permet aux usagers de bénéficier pleinement des effets du réseau, que les économistes appellent les effets de clubs. La caractéristique essentielle du réseau est en effet — et c'est ce que désigne la notion d'effet de club — que l'utilité du réseau augmente à mesure que le nombre de personnes connectées croît. Aussi l'interconnexion est-elle de l'intérêt de tous. C'est ce qu'on retrouve dans la définition de l'interconnexion fournie par les directives européennes : un élément technique (la liaison entre les réseaux) et un élément fonctionnel (la communication entre les différents utilisateurs). L'interconnexion est ainsi la liaison des réseaux afin de permettre à chaque utilisateur de pouvoir communiquer avec tous les autres utilisateurs indépendamment de

¹⁹³³ V. considérant n° 11 de la directive 2009/72/CE (électricité) ; considérant 8 de la directive 2009/73/CE (gaz naturel).

¹⁹³⁴ V. le chapitre IV, article 9 de la directive 2009/72/CE et chapitre III, article 9 de la directive 2009/73/CE (gaz naturel).

¹⁹³⁵ V. P. Idoux, R. Romi, « Sur la "propriété" des gares », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 16, 18 Avril 2011, 2160 ; Autorité de la concurrence, avis, n° 09-A-55, 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs ; S. Martin, « Le rapport Grignon et l'ouverture à la concurrence mesurée et progressive du transport ferroviaire de voyageurs », *Revue de droit des transports* n° 9, Septembre 2011, étude 8.

¹⁹³⁶ V. Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-05, 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit. Dans cet avis, l'Autorité de la concurrence propose une séparation fonctionnelle des activités amont et aval de France Télécom. L'objet du nouveau Paquet Télécom est de permettre aux autorités sectorielles de forcer les opérateurs historiques à opérer une telle séparation (Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2011, comm. 125, comm. par D. Bosco).

¹⁹³⁷ V. Commission des Communautés européennes, XXI^e Rapport sur la politique de concurrence, 1991 (publié en relation avec le XXV^e Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, 1991), Bruxelles, Luxembourg, 1992, n° 16.

l'entreprise qui leur fournit le service¹⁹³⁸. On retrouve la même définition dans les droits français¹⁹³⁹ et anglais¹⁹⁴⁰ des télécommunications.

569. La directive précise en outre que l'interconnexion est une modalité de l'accès, elle ne s'y réduit pas, comme le relève d'ailleurs l'avocat général Colomer : « la notion d'« accès » engendre des répercussions juridiques plus étendues que la simple connexion d'infrastructures, car elle recouvre la mise à disposition d'un ensemble de ressources ou de services et, en définitive, comprend l'« interconnexion », qui constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics »¹⁹⁴¹.

570. Comment peut-on définir l'accès ? Tel qu'il est décrit dans les textes, l'accès peut être défini dans nos secteurs par trois critères. Le premier critère est relatif à la nature de cet accès : il s'agit d'un droit d'usage ou d'utilisation. C'est le seul critère stable, car les deux autres sont finalement des critères téléologiques. Cet accès, matériellement, est relatif à certains biens essentiels. Cet accès, enfin, fonctionnellement, sert à l'exercice de certaines activités.

571. D'abord, l'accès consiste en une mise à disposition. Le droit européen des télécommunications fournit ainsi une définition très englobante de la notion d'accès¹⁹⁴². L'objet de l'accès est une mise à disposition (*making available*) : les conclusions de l'avocat général Colomer montrent que c'est cet élément qui manifeste la spécificité de la notion

¹⁹³⁸ La définition complète est celle-ci : « "interconnexion": la liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics ». V. sur ce point : A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 179 suiv., spéc. p. 182 ; F. Saracci, *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications, exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, préc., p. 99 ; I. Ciupa, *L'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'ONP comme outil de régulation concurrentielle*, préc., passim ; N. Curien, *Économie des réseaux*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, tome 293, 2005, p. 86 ; G. Dang-Nguyen, T. Pénard, « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, « Économie des contrats : bilan et perspectives », pp. 297-316 ; S. J. H. Gijrath, « Interoperability revisited: how far does the duty to negotiate access and interconnection extend? », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006, 12(1), pp. 14-21, spéc. p. 16.

¹⁹³⁹ V. article L. 32, 9° du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁹⁴⁰ V. article 151(2) du Communications Act de 2003.

¹⁹⁴¹ V. Conclusions sous l'arrêt C.J.C.E., 2° ch., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj c. iMEZ Ab*, aff. C-192/08.

¹⁹⁴² V. article 2a) de la directive dite « accès » modifiée : « «accès»: la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques, y compris lorsqu'ils servent à la fourniture de services de la société de l'information ou de contenu radiodiffusé. Cela couvre notamment: l'accès à des éléments de réseaux et à des ressources associées et éventuellement à la connexion des équipements par des moyens fixes ou non (cela comprend en particulier l'accès à la boucle locale ainsi qu'aux ressources et services nécessaires à la fourniture de services par la boucle locale); l'accès à l'infrastructure physique, y compris aux bâtiments, gaines et pylônes; l'accès aux systèmes logiciels pertinents, y compris aux systèmes d'assistance à l'exploitation; l'accès aux systèmes d'information ou aux bases de données pour la préparation de commandes, l'approvisionnement, la commande, les demandes de maintenance et de réparation et la facturation; l'accès à la conversion du numéro d'appel ou à des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes; l'accès aux réseaux fixes et mobiles, notamment pour l'itinérance; l'accès aux systèmes d'accès conditionnel pour les services de télévision numérique et l'accès aux services de réseaux virtuels ».

d'accès. L'entreprise qui en fait la demande va ainsi pouvoir utiliser, disposer contre rémunération de toute sorte de prestations. Dans le domaine de l'énergie, l'accès n'est pas défini par les textes qui ne précisent que les titulaires du droit, et les éléments du réseau concerné¹⁹⁴³. Il est toutefois possible, avec Cécile Isidoro, de montrer que l'accès se traduit par une obligation : « Dans ce système, les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution doivent assurer le transit de l'énergie de l'un à l'autre opérateur, moyennant rémunération de leurs services ». Le droit d'accès se manifeste ainsi, comme dans le secteur des communications électroniques, par une utilisation du réseau de transport ou de distribution¹⁹⁴⁴. Cette structure se retrouve ailleurs¹⁹⁴⁵.

572. Ensuite, l'accès est, matériellement, défini en référence à certains biens essentiels. Le critère matériel de l'accès est nécessairement défini de manière large, les textes n'hésitant pas à recourir au catalogue. Le but est en effet que la personne demandant l'accès dispose de l'ensemble des éléments nécessaires à son activité. Dans le domaine des communications électroniques, la directive utilise les termes de « ressources », de « services », comme la loi anglaise¹⁹⁴⁶, tandis que la loi française utilise, elle, opportunément, la notion de « moyens ». La notion de moyen est certainement celle qui résume le mieux le critère matériel de l'accès, car au-delà du catalogue, le propriétaire du réseau devra bien mettre à la disposition de celui qui en fait la demande l'ensemble des ressources qui lui permettront de fournir son service¹⁹⁴⁷. Ces biens sont le plus souvent des biens que l'on caractérise par le terme de réseau, mais ils peuvent aussi consister en un bien matériel classique (un film) ou des données techniques (les mesures techniques de protection¹⁹⁴⁸)¹⁹⁴⁹. Le droit anglais peut aussi utiliser la notion de *facility*¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴³ V. l'article 32 de la directive 2009/72/CE : « Les États membres veillent à ce que soit mis en place, pour tous les clients éligibles, un système d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution ». L'article sur l'accès des tiers dans le domaine du gaz est rédigé de la même manière.

¹⁹⁴⁴ V. la rédaction très claire sur ce point de la loi française aux articles 22 et 23 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité modifiée. La notion d'accès n'apparaît dans la loi anglaise relative à l'électricité. Cette loi impose une devoir de connection pour permettre au consommateur final d'exercer son choix. Ici aussi, la connexion se traduit par un droit d'utilisation.

¹⁹⁴⁵ Dans le secteur postal, l'accès confère un droit d'utilisation aux moyens nécessaires à l'exercice de l'activité postale V. l'article L. 3-1 du Code des postes et des communications électroniques. En droit anglais, les dispositions concernant l'accès sont contenues dans l'autorisation de Royal Mail, l'opérateur historique (et les pouvoirs de règlement des différends de Postcomm y sont aussi contenus). On retrouve les mêmes éléments : l'utilisation des ressources de toutes sortes de cet opérateur pour fournir le service au consommateur final (v. les détails in Postcomm, Promoting Effective Competition In UK Postal Services Through Downstream Access - Observations On The Agreement Between Royal Mail And UK Mail Ltd On Access To Royal Mail's Delivery Network, March 2004). Les nouvelles dispositions concernant l'accès dans le secteur postal se trouvent dans le Postal Services Act de 2011 (Schedule 3, Part 2, §13 suiv.) et reprennent une conception large des éléments relatifs à l'accès. V. dans le secteur ferroviaire l'article 17 du Railways Act de 1993 qui dispose bien que l'accès a pour objet l'utilisation (« use ») du réseau.

¹⁹⁴⁶ V. Article 151(3)(ii) du Communications Act de 2003.

¹⁹⁴⁷ V. l'explication fournie dans le Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux : « L'accès concerne ainsi non seulement des éléments de réseau mais également des ressources associées, éventuellement la connexion des équipements par des moyens fixes ou non. L'accès englobe, par conséquent, la boucle locale et également l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes. Il désigne encore l'accès au système logiciel pertinent ou encore l'accès à la conversion du numéro d'appel ou de systèmes offrant des fonctionnalités évidentes. L'accès est exercé sur des réseaux fixes ou mobiles (itinérance), au service de réseaux virtuels ou encore au système d'accès conditionnel pour les services de télévision numérique » (Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux – 2009, n°1689).

¹⁹⁴⁸ V. l'article L. 331-32 qui permet ainsi d'accéder aux informations nécessaires à l'interopérabilité, l'accès concerne ici les mesures techniques de protection qui vont devoir être divulguées pour permettre à un opérateur

Enfin, l'accès est, fonctionnellement, relatif à certaines activités, précisément définies. Il n'est pas nécessaire de s'étendre ici sur la consistance des activités couvertes. Les problèmes que soulève la définition de ces activités ont déjà été évoqués.

Une fois l'accès défini, il reste à montrer qu'il est bien un critère de compétence de l'autorité sectorielle dans son office de règlement des différends.

III — Accès et fonction de règlement des différends

Nous montrerons ici que l'accès est bien un critère de compétence de l'autorité de règlement des différends (A), avant d'analyser comment l'accès permet de circonscrire l'étendue de la compétence de l'autorité de règlement des différends (B).

A — L'accès est bien un critère de compétence de l'autorité de règlement des différends

573. Les différents textes peuvent assigner un objet relativement large à la compétence de règlement des différends des autorités sectorielles. Ainsi, les directives pertinentes, tant dans le secteur des communications électroniques que de l'énergie décrivent l'objet de la fonction de règlement des différends en référence à la notion d'obligation. L'objet de la fonction de règlement des différends dans les textes européens est ainsi défini en référence aux obligations qui incombent aux différents opérateurs¹⁹⁵¹. Aussi, à première vue, la notion d'accès est-elle absente.

574. L'obligation peut être définie en droit comme un devoir¹⁹⁵² sanctionné par la puissance publique. À cet égard, François Terré relève que « Normalement l'obligation juridique donne

d'exercer son activité. Dans le domaine du cinéma, la mise en évidence de ces éléments est plus implicite, mais il s'agit aussi d'utiliser un film ou une salle pour l'exercice de son activité de distributeur de film ou d'exploitant de salle de cinéma. Dans le domaine audiovisuel enfin, il s'agit aussi d'utiliser le réseau du distributeur pour qu'une chaîne puisse continuer à diffuser.

¹⁹⁴⁹ V. Dans le secteur ferroviaire : L. Gauthier, « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », A.J.D.A., 2003 p. 1441. L'article 1-IV de la loi du 8 décembre 2009 définit ainsi de manière très compréhensive la consistance (« l'ensemble du réseau ferroviaire, y compris pour l'accès par le réseau aux infrastructures de services, ainsi que, lorsqu'il n'existe pas d'autre possibilité d'accès dans des conditions économiques raisonnables, aux services que ces infrastructures permettent de leur fournir ») et la nature du droit (« l'utilisation »). Le Railways Act de 1993 définit aussi la nature du droit d'accès comme un droit d'utilisation et les éléments du réseau que le postulant pourra utiliser. Les droits d'utilisation dans le domaine ferroviaire se traduisent par l'allocation de sillon. En Angleterre, la définition des droits d'accès est très précise et travaillée par l'autorité sectorielle (v. Office of Rail Regulation, Criteria and procedures for the approval of track access contracts, 25 November 2009, n°2.21).

¹⁹⁵⁰ V. article 17 du Railways Act de 1993.

¹⁹⁵¹ V. article 20 de la directive dite « cadre ». Le considérant 32 de cette directive qui explicite les dispositions de l'article 20 ne fait d'ailleurs que mentionner l'accès, qui n'est pris que comme exemple : « Lorsqu'un litige survient entre des entreprises d'un même État membre dans un domaine couvert par la présente directive ou les directives particulières, par exemple en ce qui concerne les obligations d'accès et d'interconnexion ou les moyens de transférer des listes d'abonnés, il convient qu'une partie lésée qui a négocié de bonne foi sans parvenir à un accord ait la faculté de faire appel à une autorité réglementaire nationale pour résoudre le litige ». V. aussi l'article 37 §11 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 (électricité) ; article 41 §11 de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009.

¹⁹⁵² V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, préc., Entrée : « obligation ».

prise à la contrainte étatique »¹⁹⁵³. L'identification de l'objet de la fonction de règlement des différends implique donc de cerner l'étendue des obligations que les directives instituent.

575. Or, ces obligations concernent justement et principalement les obligations d'accès. À cet égard, les dispositions nationales de transposition en France et au Royaume-Uni sont beaucoup plus claires et circonscrivent justement l'objet de la fonction de règlement des différends à cette question, l'accès. Comme l'affirme Marie-Anne Frison-Roche : « c'est pour assurer un accès effectif au monopole naturel constitué par le réseau de transport que le régulateur tranche le différend, notamment sur la configuration et le prix du raccordement au réseau, entre les opérateurs »¹⁹⁵⁴. Elle estime aussi que l'accès est le « cœur de la régulation »¹⁹⁵⁵. Dans le domaine ferroviaire, l'autorité sectorielle assure, pour Patrick Vieu « une mission générale d'observation des conditions d'accès au réseau ferroviaire »¹⁹⁵⁶. Dans le domaine de la propriété intellectuelle aussi, une mission essentielle de la nouvelle Haute autorité est relative à l'accès. Le Code de la propriété intellectuelle rappelle en effet que celle-ci « veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme »¹⁹⁵⁷. Elle peut, si cette éventualité se matérialisait, être saisie « en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité » et elle est dotée des pouvoirs de nature à « garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants »¹⁹⁵⁸.

576. Elle est par conséquent au cœur de la fonction de règlement des différends. C'est aussi ce qu'affirme le Competition Appeal Tribunal¹⁹⁵⁹. La notion d'accès confère toute sa physionomie et sa portée au règlement des différends. C'est parce que les directives et les textes de transposition créent ce droit subjectif d'accès que le litige naît. Pour le dire avec les mots de Thierry Tuot, « C'est forcément parce qu'un droit a été lésé que le différend naît »¹⁹⁶⁰.

577. L'affirmation que la fonction centrale du règlement des différends est l'accès ressort de nombreuses décisions et de nombreux jugements. Ce qui signifie que l'accès est bien un critère de compétence et qu'il permet, en conséquence, de délimiter le champ du règlement des différends.

¹⁹⁵³ F. Terré, Introduction générale au droit, préc., n° 19.

¹⁹⁵⁴ V. M.-A. Frison-Roche, « Actualité du droit de la régulation » *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, n° 11, p. 171.

¹⁹⁵⁵ V. M.-A. Frison-Roche, « La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir (CA Paris, 1re ch., sect. H, 25 janv. 2005, Cerestar France) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, n° 3, pp. 111-112). V. aussi, A. Jussiaux, « Le contentieux du droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz devant le régulateur de l'énergie », *Concurrences*, n° 1-2011, n°7 suiv..

¹⁹⁵⁶ V. P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA* 2010 p. 35. V. dans le cas anglais le libellé très clair de la loi (article 16 du Railways Act de 1993).

¹⁹⁵⁷ V. l'article L. 331-31 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁹⁵⁸ V. l'article L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁹⁵⁹ V. *Orange Personal Communications Services Ltd v Office of Communications* [2007] CAT 36 (21 December 2007), spéc. §67.

¹⁹⁶⁰ T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », préc., p. 3.

B — L'accès permet de circonscrire l'étendue de la compétence de l'autorité de règlement des différends

578. La notion d'accès permet de circonscrire la fonction de règlement des différends. Les questions qui ne relèvent pas de l'accès peuvent ainsi être rejetées par l'autorité sectorielle, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris à de nombreuses reprises¹⁹⁶¹, et comme l'a confirmé, s'il en était besoin, la Cour de cassation¹⁹⁶². Au Royaume-Uni, le Competition Appeal Tribunal est aussi sensible à contenir Ofcom dans les limites que cette notion d'accès trace dans sa fonction de règlement des litiges¹⁹⁶³.

579. La jurisprudence est venue préciser deux variables de l'accès qui permettent aussi de délimiter la compétence de l'autorité de règlement des différends : celle-ci est compétente pour préciser les modalités de l'accès ainsi que les questions annexes.

580. La compétence de règlement des différends, tel qu'elle est décrite par les textes et telle qu'elle est interprétée par les autorités sectorielles, s'exerce avant tout sur les litiges portant sur les modalités de l'accès. Ainsi, comme le relève le Competition Appeal Tribunal, les différends relatifs à l'accès ont pour objet les termes et les conditions dans lesquels celui-ci doit être fourni¹⁹⁶⁴. De manière similaire, la jurisprudence a reconnu que les clauses contractuelles qui ont pour effet de restreindre l'accès sont soumises à l'autorité sectorielle¹⁹⁶⁵. La restriction peut être explicite dans le contrat, elle peut aussi résulter d'une

¹⁹⁶¹ V. par ex. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 30 mai 2006, S.A. Western Télécom c. S.A. France Télécom, n°RG 2005/24129 : « Mais considérant que cette demande ne se rattache pas non plus à un litige sur les conditions d'interconnexion ». V. aussi Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 22 février 2000, S.A.R.L. Spacotel Communications c. S.A. France Télécom, n° RG 1999/20793 : « Que, dès lors, le litige dont celle-ci a été saisie ne se rattache pas à un problème d'accès à un réseau de télécommunications ou de discrimination, au sens des articles L 36-8 ou L 34-8 précités, mais tend seulement à remettre en cause les modalités de régulation des services Télétel et services offerts sur les kiosques télématiques ou téléphoniques, issues de l'application du décret du 25 février 1993 dont l'objet même était d'instituer une procédure permettant que des restrictions soient apportées au principe de la liberté des télécommunications en fonction du contenu de ces services, lorsque celui-ci est de nature à porter atteinte à la protection de la jeunesse ». V. par ex. la décision de la Commission de régulation de l'énergie AESM, dans laquelle, comme l'explique Th. Tuot, « l'accès n'était pas refusé, et rien ne permettrait d'impliquer les conditions d'utilisation dans la solution du litige ; la Commission de régulation de l'énergie a donc décliné sa compétence » (« Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », art. préc. ; Décision du 12 décembre 2002, JO 22 janv. 2003, p. 1327-).

¹⁹⁶² V. Cour de cassation, 1^e ch. civ., 5 mars 2002, n° 00-12972 : « mais attendu, d'une part, que la cour d'appel a jugé à bon droit que le litige dont l'ART avait été saisie ne se rattachait pas à un problème d'accès à un réseau de télécommunications ou de discrimination, au sens des articles L. 36-8 ou L. 34-8 du Code des postes et télécommunications, mais tendait seulement à remettre en cause les modalités de régulation de ces services, faisant ainsi ressortir que l'ART, dont la compétence était limitée aux litiges concernant les conditions d'ordre technique et financier de l'exécution des conventions, n'avait pas à connaître des recommandations de nature déontologique ».

¹⁹⁶³ V. *British Telecommunications plc v Director General of Telecommunications* [2004] CAT 8, 12 May 2004. Le différend en question n'étant pas un différend sur l'interconnexion, Ofcom était incompétent pour en connaître.

¹⁹⁶⁴ V. *British Telecommunications Plc v Office of Communications & Ors* [2010] CAT 15 (11 June 2010), §83. Le tribunal relève ainsi que : « The disputes in question were between communications providers, and related to "the provision of network access" as that term is defined in section 151(3). As OFCOM itself pointed out in the Determination (para 1.17), section 185(8)(a) makes clear that "disputes that relate to the provision of network access include disputes as to the terms or conditions on which it is or may be provided in a particular case" ».

¹⁹⁶⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 28 avril 1998, S.A. France Télécom c. Société Paris TV Câble SLEC, n° 97/17847, JurisData n° 1998-021050 : « La convention de mise à disposition des capacités de transport et de distribution de signaux de radiotélévision par câble sur le réseau Paris, pour proposer des services de

lacune de celui-ci. La Cour d'appel de Paris a ainsi estimé que l'absence de « clause relative à la possibilité pour le câblo-opérateur d'offrir des services de télécommunications sur les réseaux », constitue une « lacune [qui] s'analyse en une restriction au sens de l'article L. 34-4 ». La Cour juge ainsi que : « Les conventions d'utilisation des réseaux câblés de France Télécom pour proposer des services de télévision ne contiennent aucune clause relative à la possibilité pour le câble opérateur d'offrir des services de télécommunications sur ces réseaux ; cette lacune s'analyse en une restriction au sens de l'article L. 34-4 du code des postes et télécommunications ».

581. Les modalités d'accès forment donc le cœur de la compétence des autorités de règlement des différends. Aussi, les questions qui ne sont pas détachables de la problématique de l'accès entrent-elles dans son champ ? Ce point suscite une certaine insécurité juridique, car il risque de brouiller les frontières de la compétence des autorités.

582. Plusieurs décisions sont ainsi venues affirmer que si la compétence de règlement des différends a pour objet l'accès, celle-ci comporte nécessairement le traitement des questions annexes. Dans une décision du 24 juin 2003, R.T.E c. R.F.F. et S.N.C.F., la Commission de régulation de l'énergie précise si sa mission consiste à trancher « seulement les différends relatifs à l'accès aux réseaux ou à leur utilisation », mais « jusques et y compris dans les questions annexes qui en sont inséparables »¹⁹⁶⁶.

583. Aussi y a-t-il un danger que cette notion d'accès ne dilate de manière excessive la compétence de l'autorité sectorielle¹⁹⁶⁷. La notion d'accès pourrait prendre un caractère impérialiste. Cette notion permettrait d'attirer dans le champ de compétence de l'autorité sectorielle des litiges dont l'objet peut porter sur d'autres questions. Comme le remarque Marie-Anne Frison-Roche à propos d'une décision de la Commission de régulation de l'énergie : « Plus encore, elle [la Commission de régulation de l'énergie] estime qu'à travers la notion de litige, c'est « l'ensemble des différends liés à l'accès aux réseaux » qui relève de sa compétence, peu important que le litige, au sens juridique, porte sur un autre objet et oppose d'autres personnes. L'accès n'a pas à être « l'objet » du litige, il suffit que le litige y

télévision, contient des clauses restrictives d'accès à la fourniture de services de télécommunications. (...). La saisine de l'ART était donc recevable, dès lors que la convention en vigueur contenait des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture d'un service de télécommunication et ne permettait pas, en l'état, la fourniture de ce service de télécommunication que constitue l'accès à Internet ». Isabelle de Silva considère à ce propos que « la Cour a, comme l'Autorité de régulation des télécommunications, refusé une interprétation trop restrictive des termes de l'article L. 34-4, dès lors que la convention contenait une clause s'apparentant à une "restriction" et en tout état de cause, selon les termes de la cour "ne permettait pas, en l'état, la fourniture du service de télécommunications que constitue l'accès à l'Internet" » (v. « Conditions d'ouverture des réseaux câblés aux services de télécommunication », art. préc.).

¹⁹⁶⁶ V. Commission de régulation de l'énergie, 24 juin 2003, R.T.E. c/ R.F.F. et S.N.C.F., p. 26 (J.O.R.F. n°204, 4 septembre 2003, p. 15212, texte n° 80). V. M.-A. Frison Roche, « Contrat, concurrence, régulation », art. préc., note 87. Dans cette décision, la Commission de régulation de l'énergie considère que font partie du réseau de transport d'électricité les réseaux qui y sont interconnectés. Aussi le réseau dont la S.N.C.F. est propriétaire pour son approvisionnement en énergie fait-il partie intégrante du réseau, et R.T.E. est-il « tenu de traiter les ouvrages remis en dotation à la SNCF comme des ouvrages du réseau public de transport quant à l'accès au réseau des utilisateurs » (v. aussi le comm. de L. Richer, « Accès au réseau de transport d'électricité : les ouvrages de la SNCF font partie du réseau de transport d'électricité », art. préc.).

¹⁹⁶⁷ Ce point de vue est partagé par P.-F. Racine, « Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIs) de la Commission de régulation de l'énergie. - Premières leçons », Revue juridique de l'économie publique n° 673, Mars 2010, étude 4, spéc. n°69.

soit « lié ». Voilà bien le pragmatisme du droit économique par rapport à la théorie processuelle du litige »¹⁹⁶⁸.

584. Pourtant, l'analyse des décisions des autorités sectorielles montre que celles-ci n'hésitent pas, dans certains cas, à décliner leur compétence au motif que, justement, le différend n'est pas lié à l'accès¹⁹⁶⁹.

585. Il faut comprendre en réalité que l'accès est une notion fonctionnelle. Elle doit comprendre l'ensemble des éléments qui permettront au concurrent d'exercer son activité. Le but du règlement des différends est en effet de permettre à un concurrent d'entrer sur le marché en neutralisant les effets anticoncurrentiels du droit des contrats et du droit de propriété. Pour être efficace, l'accès doit donc comprendre l'ensemble des éléments du réseau qui permettront à un concurrent d'exercer son activité¹⁹⁷⁰.

Conclusion du § 2

La notion d'accès est la notion centrale du règlement des différends. Mais il n'a été possible de la comprendre qu'à partir d'une étude de la genèse de cette notion en droit. Celle-ci n'est pas arrivée par hasard dans les directives ; le droit commun, aussi bien en France qu'en Angleterre, la consacre. Elle a même fait son entrée dans la jurisprudence administrative, qui revient ainsi sur une tendance, depuis les années 1920, qui fait du monopole le mode normal d'exploitation des réseaux et qui exclut donc la notion d'accès. La notion d'accès est en effet, au départ et jusqu'à aujourd'hui, une notion dont les titulaires sont les individus et non les concurrents.

Ces développements permettent de comprendre que c'est bien une conception juridique, issue de la théorie du droit de propriété, qui explique l'exploitation des réseaux en monopole. Ce n'est que parce que, désormais, les biens sont, pour reprendre l'expression du Conseil d'État français dans l'affaire Société EDA du 26 mars 1999, aussi « le siège d'activités de production, de distribution ou de services » autrement dit d'un marché, que la notion d'accès a pu émerger¹⁹⁷¹.

Cette notion irrigue et surtout pose le fondement de la fonction de règlement des différends. Elle permet d'en fixer aussi les limites.

¹⁹⁶⁸ V. M.-A. Frison-Roche, « Le régulateur analyse largement sa compétence pour connaître tout litige d'accès au réseau public d'électricité (C.R.E., dél., 22 juill. 2004, J.M.F. Immo) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2004, n°1, pp. 136-137.

¹⁹⁶⁹ V. CoRDIS de la CRE, 21 janvier 2011, société Nicodis c. Électricité Réseau Distribution France (ERDF), *Revue Concurrences*, chron. Régulation, 2011, n°2, p. 198, note E. Guillaume, S. Daboussy.

¹⁹⁷⁰ V. par ex. la définition extensive qu'en donne la Cour d'appel de Paris dans un litige en matière de communications électroniques : « Que l'accès — qui s'entend comme toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques (article L.32,8° CPCE) et qui couvre l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes (article 2 de la directive accès dont le périmètre est sur ce point identique à celui de la directive cadre relativement au pouvoir de règlement de différend de l'autorité réglementaire nationale) - comporte la mise à disposition des infrastructures physiques de génie civil destinées à permettre à son bénéficiaire la fourniture de services de communications électroniques » (Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 juin 2011, Société NC Numéricable S.A. c. Société France Télécom S.A., n° RG 2010/23690).

¹⁹⁷¹ Pour une analyse plus globale sur les conséquences de la notion de marché sur le droit de la domanialité publique : C. Mamontoff, *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, Coll Logiques juridiques, 2003, spéc. p. 267 suiv..

Conclusion de la Section 2

Le deuxième critère de la fonction de règlement des différends, le critère de l'objet, permet de cerner celle-ci davantage. Il s'agit, pour l'autorité administrative, saisie par une partie, de régler un contrat relatif à l'accès.

Le caractère contractuel de ce contentieux se déduit facilement de son rôle : il s'agit bien de surmonter une difficulté dans la négociation d'un contrat et de régler celui-ci afin qu'il se conforme aux principes qui régissent le fonctionnement concurrentiel du secteur. Mais les autorités sectorielles ne sont pas compétentes pour intervenir dans tous les contrats. Un critère supplémentaire doit dès lors intervenir.

Le contrat doit être relatif à l'accès. Il s'agit bien d'un critère majeur du règlement des différends. La notion d'accès est au cœur des réformes des industries en réseau. Pour comprendre cette notion, il faut en retracer la généalogie. Au départ, l'exclusivité en droit privé des biens semble exclure la reconnaissance d'une notion d'accès, qui est ainsi restreinte au droit public des biens avec, pour seul titulaire, les usagers. L'évolution contemporaine, caractéristique de l'émergence de ce que Mireille Delmas-Marty appelle un droit commun, consacre la notion d'accès avec un double fondement : les droits de l'homme et le droit de la concurrence, ce double fondement est d'ailleurs précisément ce que diagnostique Mireille Delmas-Marty : « Telle que nous l'avons décrite au début de ce livre, la recomposition du paysage juridique paraît inspirée tout à la fois de l'esprit du marché et de l'esprit des droits de l'homme »¹⁹⁷². C'est dans ce cadre qu'émerge la notion sectorielle d'accès que l'on peut définir comme un droit d'usage ou d'utilisation, relatif à certains biens essentiels à l'exercice de certaines activités.

La jurisprudence consacre bien ce critère comme un critère de compétence des autorités de règlement des différends, ce qui permet de délimiter les bornes de celui-ci.

Après avoir établi les deux premiers critères de définition du règlement des différends devant les autorités sectorielles (l'existence d'un différend relatif à l'accès), il faut identifier précisément la nature de l'acte juridique que cette fonction produit.

¹⁹⁷² V. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Éd. du Seuil, Coll. La librairie du XX^e siècle, 1994, spéc. p. 216.

Section 3 — *L'acte administratif de règlement des différends*

L'acte de règlement des différends est d'abord une décision administrative (§1) dont le contenu, en principe une injonction, connaît une grande souplesse (§2).

*

§1 – La nature de l'acte : une décision administrative

§2 – Le contenu de l'acte : en principe une injonction

*

§ 1 — La nature de l'acte : une décision administrative

La nature de la décision de règlement des différends ne fait aujourd'hui aucun doute. Il s'agit d'une décision administrative. Pourtant, tant en France qu'au Royaume-Uni, ce pouvoir suscite une sorte de malaise qui se traduit en droit par certaines confusions, confusions qui ne remettent pourtant pas en question la nature foncière de cette décision.

Comment s'est affirmée cette qualification (I) ? Quelle en est la portée (II) ?

I — Les vicissitudes de cette qualification

L'analyse de la qualification de la décision en question impose d'en montrer tout d'abord l'apparent « clair-obscur » (A), avant d'analyser la portée de cette qualification (B).

A — Le « clair-obscur » de la qualification

L'acte de règlement des différends est d'abord un acte unilatéral et individuel (1), de nature administrative (2).

I — Une décision unilatérale et individuelle

Il ne fait aucun doute que l'acte de règlement des différends est un acte unilatéral ; pourtant, en toute rigueur juridique, les critères utilisés habituellement pour définir l'acte unilatéral sont parfois mis à l'épreuve face à la spécificité du règlement des différends.

586. L'acte unilatéral est défini, en droit français comme « l'expression d'un pouvoir »¹⁹⁷³, la « manifestation de volonté d'une personne unique »¹⁹⁷⁴. Le droit européen retient d'ailleurs aussi cette définition¹⁹⁷⁵. Mais l'unicité de la volonté de l'autorité émettrice peut poser des difficultés d'application ici, car il n'est pas rare que les autorités de règlement des différends mènent de larges consultations dans l'exercice de leur office et saisissent pour avis les autorités de concurrence par exemple. Cette difficulté n'est d'ailleurs pas propre à ce domaine. C'est pourquoi Bertrand Seiller considère qu'il faut ajouter à ce critère quantitatif un critère matériel¹⁹⁷⁶ : « la décision en question n'a pas requis, dans son édicition, l'association de ses destinataires ou plus exactement, dit-il, l'acte unilatéral traite de la situation de personnes étrangères à son édicition »¹⁹⁷⁷, qui « sont des tiers par rapport à lui »¹⁹⁷⁸. Cette définition, qui n'a pour le droit anglais qu'un caractère descriptif — le *common law* n'ayant pas développé de théorie de l'acte unilatéral ou alors seulement en creux, par rapport à celle de contrat¹⁹⁷⁹ — s'applique parfaitement à la description de la décision de règlement des différends. La précision de cette définition pâtit cependant des nouvelles pratiques administratives. Comme le relève Bertrand Seiller, la modification des rapports de l'Administration et des administrés, la première cherchant de plus en plus l'accord des seconds, brouille la définition de l'acte unilatéral, et le règlement des différends n'échappe pas à cette évolution, particulièrement au Royaume-Uni où les pratiques du « *Better Regulation* » tentent de mettre en œuvre une large consultation des parties intéressées à l'issue de la décision. Aussi les destinataires de la décision de règlement des différends ne sont-ils pas complètement étrangers à son élaboration. Mais la pratique administrative ne retire pas à cet acte ce trait essentiel d'unilatéralité. Dans ce sens, il ne peut s'agir en aucun cas d'un acte contractuel produisant, tant en droit français qu'en droit anglais, les effets que le contrat produit — même si la jurisprudence anglaise a manifesté des hésitations sur ce point.

587. Acte unilatéral, cet acte est aussi un acte individuel. C'est peut-être ici que l'application des critères traditionnels de la décision administrative au marché soulève les difficultés les plus saillantes. En effet, le jeu des différentes dispositions s'imposant aux relations des opérateurs, (notamment le principe de non-discrimination), étend l'effet normatif des décisions de règlement des différends à l'ensemble du secteur. S'il y a bien des destinataires

¹⁹⁷³ V. G. Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1977, pp. 205-213, p. 206 ; V. aussi M. Maisonneuve, L'arbitrage des litiges sportifs, Thèse, Paris 1, p. 198 ; V. aussi D. Truchet, Droit administratif, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2^e éd., p. 225 ; I. Mboup, L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral décisoire, Thèse dactyl., Université Aix-Marseille 3, 2010.

¹⁹⁷⁴ V. B. Seiller, « L'acte administratif », op. préc., n°38. V. aussi P. Delvolvé, L'acte administratif, préc., p. 16, n° 18.

¹⁹⁷⁵ C.J.C.E., 15 mars 1967, Cimenteries CBR c. Commission, aff. jointes 8 à 11/66, Rec. 93 ; 11 nov. 1981, IBM c/Commission, aff. 60/81, Rec. 2639 ; 14 janv. 1993, Italsolar c. Commission, aff. C-257/90, Rec. I. 9), cités par R. Kovar, « Actes juridiques communautaires unilatéraux », in Répertoire de droit communautaire, Dalloz, n°100.

¹⁹⁷⁶ L'auteur relève ainsi : « la pluralité n'est pas absente dans l'édiction des actes unilatéraux » en raison justement des contraintes procédurales qui imposent de saisir des autorités tierces pour avis (B. Seiller, L'acte unilatéral, préc., n°40). Comme le remarque J.-P. Thiellay concernant le C.S.A. « L'autorité de régulation peut aussi mettre en cause des « tiers intéressés » à la procédure pour recueillir leurs observations et consulter le Conseil de la concurrence » (conclusions préc., C.É., 9 juillet 2010, Sté Canal Plus distribution).

¹⁹⁷⁷ V. B. Seiller, « L'acte administratif », op. préc., n°47 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., p. 166

¹⁹⁷⁸ V. R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, préc., n°653, p. 492.

¹⁹⁷⁹ La présence d'un contrat exclut en principe en droit anglais le recours en *judicial review*, on peut donc en conclure a contrario que les décisions susceptibles de recours en *judicial review* sont des actes unilatéraux. Mais la doctrine ne relève et ne systématise pas ce point.

identifiés des décisions, des parties au différend, la décision finale aura néanmoins des répercussions sur l'ensemble du marché. L'acte de règlement des différends « porte sur une personne déterminée »¹⁹⁸⁰ et au surplus « identifie nommément les intéressés »¹⁹⁸¹. Mais, relève Jean-Philippe Thiellay dans ses conclusions, la décision de règlement des différends, même lorsqu'elle n'a pas un objet tarifaire, a « un impact sur leur situation [...] sur leur audience et leurs recettes ». Sans doute est-ce là une caractéristique générale de l'impact de la norme sur le fonctionnement d'un marché, celle-ci a nécessairement une répercussion sur l'ensemble des acteurs.

Au caractère d'acte unilatéral et individuel de la mesure de règlement des différends, il faut ajouter sa nature d'acte administratif.

2 — Une décision administrative

588. Si, pour Jean-Bernard Auby, les évolutions contemporaines du droit administratif français font penser par leur « extraordinaire foisonnement »¹⁹⁸² au magnifique triptyque de Paolo Uccello, on peut aussi voir dans les évolutions contemporaines de la norme un brouillage des lignes aux accents plus caravagesques. En témoigne la décision de règlement des différends, que tout concourt à qualifier de décision administrative et que pourtant tout, dans le droit, conspire à traiter en décision juridictionnelle.

On verra d'abord le cas du droit français (a) avant d'analyser celui du droit anglais (b).

a — Le droit français de la décision administrative et l'acte de règlement des différends

589. La qualification est pourtant claire. Elle résulte de l'application des principes constants du droit administratif selon lesquels les décisions prises par une autorité administrative ont en principe un caractère administratif¹⁹⁸³. Or l'ensemble des autorités à l'étude est constitué d'autorités administratives. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il estimé, lorsqu'il fut saisi en 1996 de la loi instaurant l'Autorité de régulation des télécommunications, que les décisions de règlement des différends « constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de

¹⁹⁸⁰ P. Delvolvé, *L'acte administratif*, préc., p. 123, n°252.

¹⁹⁸¹ B. Seiller, *L'acte administratif*, préc., n°381. V. aussi J.-M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. de droit public, tome 73, 1966, spéc. p. 4 suiv. pour un exposé des différentes définitions proposées en doctrine et des critiques que la définition de l'acte individuel a pu susciter. V. aussi É. Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, Thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, p. 60. Sur le droit anglais v. P. P. Craig, *Administrative Law*, préc. pp. 715 suiv. (uniquement sur les actes réglementaires). V. sur l'absence de théorie des actes réglementaires et individuels en droit anglais : S. Flogaïtis, *Administrative law et droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 159. À la différence notable du droit américain qui a dû développer une distinction entre l'acte individuel (*adjudication*) et l'acte réglementaire (*rule-making*) pour l'application des garanties procédurales de l'Administrative Procedure Act.

¹⁹⁸² V. J.-B. Auby, « La bataille de San Romano - réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *A.J.D.A.*, 2001, p. 912.

¹⁹⁸³ V. sur ce point R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., tome 1, n°707. B. Seiller, « Acte administratif », préc., n°74 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., p. 457-458. Pour Didier Truchet d'ailleurs, « les AAI sont assurément administratives par leur champ d'action et leur mission » (*Droit administratif*, préc., p. 106) ; P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., p. 275 ; M. Waline, *Droit administratif*, préc., p. 347 ; M. D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Institut français d'Athènes, Coll. de l'Institut français d'Athènes, tome 82, 1954, spéc. §6, pp. 41 suiv..

prérogatives de puissance publique »¹⁹⁸⁴. Cette qualification est d'ailleurs acceptée par la Cour d'appel de Paris qui n'hésite pas à la reprendre¹⁹⁸⁵.

590. Malgré cela, tant le législateur que les juges semblent refouler la nature administrative de cette décision. Le législateur a ainsi attribué l'ensemble des recours contre ces décisions au juge judiciaire (à l'exception du Médiateur du cinéma et du Conseil supérieur de l'audiovisuel) ; allant ainsi contre la règle, érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République par le juge constitutionnel¹⁹⁸⁶, que l'annulation et la réformation des actes administratifs ne peuvent être que du ressort du juge administratif¹⁹⁸⁷. Le Conseil constitutionnel considéra que la mise en cause de litiges privés est une justification suffisante pour attribuer le contentieux de ces décisions au juge judiciaire : « les décisions de l'Autorité pourront trancher des litiges relevant du droit de la concurrence ou des différends de nature commerciale ou technique survenus dans la négociation ou l'exécution des conventions d'interconnexion, lesquelles [...], constituent des conventions de droit privé ; [...] ; qu'au cas où les opérateurs n'auraient pas choisi de saisir l'Autorité de régulation, les litiges seront portés selon le cas, soit devant le Conseil de la concurrence et, en cas de contestation, devant la cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat ».

591. Mais la confusion ne s'arrête pas là puisque, comme certains auteurs ont pu le constater, la Cour d'appel de Paris « en considérant que le recours formé devant elle met seulement en cause un litige privé [...] semble dénier la mise en cause d'une décision administrative »¹⁹⁸⁸. En effet, après une phase ambiguë pendant laquelle « l'autorité sectorielle, non-partie à l'instance, se voyait dénier le pouvoir de défendre sa position, d'invoquer ses propres moyens et de défendre ses propres conclusions »¹⁹⁸⁹ comme si elle était une juridiction de premier degré, « le juge n'ayant pour interlocuteur que les deux entreprises en litige »¹⁹⁹⁰ ; l'autorité sectorielle s'est, dans un second temps, vu reconnaître, le droit « de présenter des

¹⁹⁸⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, (préc.), §21.

¹⁹⁸⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Section H, du 28 avril 1998, S.A. France Télécom c. Sté Paris TV Câble (SLEC), n°RG 97/00209 : « Que, s'agissant de ses prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées, ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication ».

¹⁹⁸⁶ V. Conseil constitutionnel, 23 janv. 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC (Recueil, p. 8) : AJ 1987.345, note J. Chevallier ; JCP 1987.II.20854, note Sestier ; LPA 12 févr. 1987, note Sélinisky ; Gaz. Pal. 1987. Doct. 1.209, comm. Lepage-Jessua ; RFDA 1987.287, note Genevois ; RFDA 1987.301, note Favoreu ; RD publ. 1987.1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988.117, note F. Luchaire ; RA 1988.29, note Sorel.

¹⁹⁸⁷ La définition de l'acte administratif est, comme le rappellent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, « l'acte d'une autorité administrative qui peut être attaqué, en excès de pouvoir notamment, devant le juge administratif » (préc., n°448).

¹⁹⁸⁸ V. G. Bouquet, S. Beauvillard, Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », AJDA 2004 p. 1911.

¹⁹⁸⁹ V. S. Braconnier, S. Nivault, « Le rôle de l'Autorité de régulation des télécommunications devant le juge judiciaire précisé par la Cour d'appel de Paris », préc.. Cour d'appel de Paris, 24 février 2004, Electricité de France, Dr. adm. 2004, n° 69, note de Monsembernard.

¹⁹⁹⁰ V. S. Braconnier, S. Nivault, « Le rôle de l'Autorité de régulation des télécommunications devant le juge judiciaire précisé par la Cour d'appel de Paris », préc ; V. Cour d'appel de Paris, 9 avril 2002, S.A. Geodis Overseas France et autres (B.O.C.C.R.F. 24 juin 2002, p. 387).

observations écrites, portées par le greffe à la connaissance des parties »¹⁹⁹¹. Mais, devant la Cour de cassation, « cela n'était ni prévu, ni possible »¹⁹⁹². Comme l'écrit Marie-Anne Frison-Roche, confirmant, s'il en était besoin, le refoulement de la nature administrative de la décision en question « pour un juge judiciaire, une autorité qui, au terme d'une procédure pleinement contradictoire, tranche un litige entre deux parties, est substantiellement, une juridiction »¹⁹⁹³. Il n'est pas sûr que cette position soit totalement conforme avec le droit de l'Union européenne, la Cour de Luxembourg ayant jugé, mais concernant les autorités de concurrence, que celles-ci doivent avoir le statut de partie défenderesse au cours des instances dans lesquelles leurs décisions sont contestées¹⁹⁹⁴. Mais la Cour de cassation est allée encore plus loin dans l'assimilation de l'autorité de concurrence avec une juridiction en censurant un arrêt de Cour d'appel ayant déclaré le code de procédure civile inapplicable à la procédure devant le Conseil de la concurrence au motif, d'après la Cour de cassation, que : « les dispositions du Code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ». L'assemblée plénière de la Haute juridiction civile, contre l'avis de l'avocat général Mme Petit, rejette ce raisonnement déclarant que « sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence »¹⁹⁹⁵. On voit là bien que l'on ne peut pas totalement dire que la Cour d'appel de Paris est un juge administratif, car la Cour de cassation va imposer l'application, dans le silence des textes, non pas des principes du droit administratif — ni même d'ailleurs ceux du droit pénal qui auraient amené une solution contraire¹⁹⁹⁶ —, mais ceux du droit civil, s'appliquant à des juridictions civiles tranchant des litiges privés.

¹⁹⁹¹ V. S. Braconnier, S. Nivault, « Le rôle de l'Autorité de régulation des télécommunications devant le juge judiciaire précisé par la Cour d'appel de Paris », préc..

¹⁹⁹² Conclusion du Rapporteur public. V. Cass com, 22 février 2005, Sinerg c. EdF, n°04-12.618, comm. de L. Richer, A.J.D.A. 2005.1216 ; Cass com, 12 déc 2006, Sté France Télécom c. SA Western Telecom. Laurent Richer qualifie cette situation d'étonnante.

¹⁹⁹³ M.-A. Frison-Roche, « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas Sinerg) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 107-110.

¹⁹⁹⁴ V. C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) VZW, affaire C- 439/08. La Cour de l'Union européenne juge que « l'obligation incombant à une autorité de concurrence nationale d'assurer l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE exige que celle-ci dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur ».

¹⁹⁹⁵ V. Cour de cassation, Ass. Plen., 7 janvier 2011, n°09-14316 et 09-14667, Société Philips France et Société Sony France. V. É. Vergès, Lexbase Hebdo, Édition Privée Générale, 20/01/2011, n° 424 ; E. Chevrier, Recueil Dalloz, 20/01/2011, n° 3, p. 157 ; M. Malaurie-Vignal, Semaine Juridique (édition générale), 17/01/2011, n° 3, p. 90.

¹⁹⁹⁶ V. F. Fourment, Dalloz, 2011, p. 562, note sous Cour de cassation, Ass. Plen., 7 janvier 2011, n°09-14316 et 09-14667, Société Philips France et Société Sony France. Cet auteur affirme « le refus de principe de la Cour de cassation d'appliquer au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence la notion pénaliste de la loyauté probatoire est contestable ». V. aussi, S. Régnauld, « La prééminence du principe de loyauté dans l'administration de la preuve devant l'Autorité de la concurrence », Gazette du Palais, 17 février 2011 n° 48, p. 16.

592. La France n'est pas la seule à entretenir une ambiguïté à ce sujet. Mais pour manifester ce point, il est auparavant nécessaire de définir précisément (en tout cas aussi précisément que possible) la notion de décision administrative en droit anglais. Même si, comme le remarque Spyridon Flogaïtis « le droit anglais, très pragmatique, n'a pas élaboré, ou pas encore élaboré, une théorie de l'autorité administrative »¹⁹⁹⁷, les juges utilisent certains critères pour décider du caractère administratif d'une décision.

b — Le droit anglais de la décision administrative et l'acte de règlement des différends

593. Afin de rendre la comparaison possible¹⁹⁹⁸, il est nécessaire d'adopter la même méthode de définition qu'en droit français. En droit français, l'acte administratif est défini en référence à la possibilité de contester cet acte devant le juge de l'excès de pouvoir. Pour critiquable que soit cette définition¹⁹⁹⁹, l'acte administratif est « révélé par le contentieux et c'est essentiellement de ce point de vue que la notion est toujours appréhendée »²⁰⁰⁰. La décision administrative sera donc, en droit anglais, la décision dont la légalité peut être contestée par un recours en *judicial review*²⁰⁰¹. Pour être plus précis et rendre la comparaison possible avec la France, la décision administrative en droit anglais sera celle qui peut être annulée lors du recours en *judicial review* par le prononcé d'un *certiorari*. Le *judicial review* est en effet un terme général pour désigner le contrôle par les juridictions supérieures de l'ensemble des actes des autorités administratives et juridictionnelles et à l'occasion duquel un requérant peut demander l'un des trois grands *prerogative order* : le *certiorari* (pour l'annulation), le *prohibition* (pour l'injonction de ne pas faire) ou le *mandamus* (pour l'injonction de faire)²⁰⁰². Parmi ces trois pouvoirs, le *certiorari* et le *prohibition* seuls obéissent à des conditions de recevabilité identiques. Le recours en annulation d'un acte ou *certiorari*, étant l'équivalent fonctionnel du recours pour excès de pouvoir, sera utilisé pour la définition de la décision administrative²⁰⁰³. Quelle est donc, à présent, la définition de la décision administrative en *common law* anglais ?

¹⁹⁹⁷ V. S. Flogaïtis, *Administrative law et droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 158.

¹⁹⁹⁸ Les études de droit comparé sur le sujet sont très rares, sinon absentes. V. R. Seerden, « Comparative Remarks », pp. 401-419, in *Administrative law of the European Union, its member states and the United States : a comparative analysis*, R. Seerden, (ed.) Intersentia, Coll. Ius Commune Europaeum, tome 68, 2007.

¹⁹⁹⁹ V. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., p.457.

²⁰⁰⁰ P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., p. 267, n°448.

²⁰⁰¹ La doctrine anglaise établit d'ailleurs une équivalence entre le droit public et le recours en *judicial review*. V. De Smith, Woolf & Jowell's principles of judicial review, London, Sweet & Maxwell, préc., p. 167, n° 3-023 : « For a great many years the way in which the courts have identified the activities which are subject to public law is by deciding whether or not they are activities to which the High Court's supervisory jurisdiction of judicial review may be invoked by aggrieved persons ».

²⁰⁰² Les juges disposent aussi de pouvoirs qu'ils tiennent de l'*equity* et qui répondent à des conditions de recevabilité et d'exercice encore différents : les *injunctions*, la *declaration* (qui est un remède très flexible qui ne dispose pas du même degré de force juridique puisqu'il ne peut pas, en cas d'inexécution faire l'objet d'une requête en contempt of court), *damages* (pour se voir attribuer des dommages et intérêts). Il est aussi possible de faire une requête en *habeas corpus*.

²⁰⁰³ Ces règles s'appliquent aussi au recours en appelé *prohibition*, qui correspond à une injonction de ne pas faire. L'utilisation de cette méthode est toutefois ironique historiquement puisqu'au début de l'histoire du *judicial review*, le writ de *certiorari* ne pouvait être prononcé pour annuler une décision purement administrative. Les juges devaient constater que la décision en question était une décision quasi-juridictionnelle ou juridictionnelle pour pouvoir en connaître et, le cas échéant, l'annuler (S. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., p. 67).

594. L'*obiter dictum* le plus cité concernant l'étendue de l'ordonnance de *certiorari* est celui de Lord Justice Atkin : « Lorsqu'une personne ayant une autorité juridique pour décider des questions affectant les droits des sujets et ayant le devoir de se comporter comme une juridiction, excède ses pouvoirs, elle est soumise au contrôle juridictionnel du King's Bench Division »²⁰⁰⁴. Il résulte de cette affirmation trois critères, dont le dernier ne joue que si l'on soulève un moyen relatif au non-respect des droits procéduraux de *natural justice* et dont tout porte à croire qu'il est tombé en désuétude²⁰⁰⁵. L'identification d'une décision administrative obéit donc aujourd'hui à deux critères.

595. Le critère essentiel de définition de la décision administrative est un critère matériel. Comme le dit Paul Craig, la demande d'annulation ne sera recevable qu'envers un acte qui manifeste l'exercice d'une fonction de nature publique²⁰⁰⁶. Il semble que le critère de la nature publique d'une fonction soit d'abord, pour les juges, la source des pouvoirs en question, mais ce n'est plus, depuis la décision *R v Datafin, ex p Panel on Take-overs and Mergers*²⁰⁰⁷, un critère exclusif.

596. Par conséquent, une décision révélera l'exercice d'une fonction de nature publique, et pourra donc être qualifiée d'administrative, si elle manifeste l'exercice de pouvoirs dont la source est la loi²⁰⁰⁸ ou la *prerogative*²⁰⁰⁹ (c'est-à-dire le pouvoir réglementaire autonome de la Couronne²⁰¹⁰). Comme en France, le fondement du recours est objectif : le respect des compétences déléguées, la prévention de l'excès de pouvoir²⁰¹¹. L'administrativité d'un acte en droit anglais provient donc de sa source : c'est la loi ou la *prerogative* qui confèrent son

²⁰⁰⁴ *V. R. v Electricity Commissioners Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd* [1924] 1 K.B. 171, spéc. p. 205. Traduction libre de : « Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs ».

²⁰⁰⁵ V. sur ce point l'avis de P. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 833 : « There are statements that it is no longer relevant how the function is described in determining the applicability of *certiorari*. (...) The argument that the judicial or administrative nature of the proceedings should not be relevant for the purposes of *certiorari* was confirmed by *O'Reilly v Mackman*. Lord Diplock, giving the unanimous decision of the court, stated that there was no longer a requirement of a superadded duty to act judicially before the prerogative orders could apply » p. 833-834). V. enfin, l'affirmation définitive de H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 516.

²⁰⁰⁶ V. P. Craig, *Administrative Law*, op. préc., p. 829, n° 25-004. « The starting point is that *certiorari* and prohibition will apply to quash any decision of a public law nature ». V. aussi Colin D. Campbell, « The nature of power as public in English *judicial review* », *Cambridge Law Journal*, 2009, 68(1), pp. 90-117, spéc. p. 90.

²⁰⁰⁷ V. [1987] Q.B. 815. Il s'agissait d'un organisme de discipline professionnelle dans le domaine financier mais dont les décisions de sanction avaient, de fait, un impact important pour leurs destinataires.

²⁰⁰⁸ V. *Board of education v Rice* [1911] A.C. 179 (un département d'État) ; *R. v London County Council Ex p. The Entertainments Protection Association Ltd* [1931] 2 K.B. 215 (une autorité locale) ; *R. v Minister of Health Ex p. Yaffe* [1930] 2 K.B. 98 (un ministre) ; *R. v Milk Marketing Board Ex p. Noth* [1934] 50 T.L.R. 559 (personne publique). Ces décisions sont citées par P. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 830.

²⁰⁰⁹ *V. R. v Criminal Injuries Compensation Board Ex p. Lain* [1967] 2 B.B. 864 ; *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374.

²⁰¹⁰ Comme le disent William Wade et Christopher Forsyth, les tribunaux désignent de ce terme les pouvoirs qu'exerce la Couronne en dehors de toute habilitation législative : V. W. Wade, C. Forsyth, *Administrative law*, préc., p. 182.

²⁰¹¹ V. sur l'histoire du « remède » de *certiorari* qui remonte au XVII^e siècle : A. Rubinstein, *Jurisdiction and illegality : a study in public law*, Oxford, Clarendon Press, 1965, spéc. p.61 (« All the prerogative writs are associated with supervision over inferior jurisdictions, but *certiorari* has always been the most appropriate remedy for challenging decisions of inferior courts and tribunals »). V. pour le débat sur le fondement du *judicial review* : P. P. Craig, « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, pp. 63-90.

caractère administratif à un acte. Mais ce n'est pas le seul critère. Comme en droit français, certains actes peuvent émaner d'organes administratifs tout en étant exercés dans le cadre du droit privé. Il est une règle générale — dont la portée commence à diminuer comme on l'a vu — que les relations contractuelles des autorités publiques sont régies en principe par le droit privé. Mais certains actes, même exercés dans ce cadre, peuvent devenir administratifs s'ils portent atteinte à un droit reconnu par le *common law*²⁰¹². Il s'agit du second critère alternatif de l'acte administratif en droit anglais²⁰¹³.

Appliquant ces critères, il ne fait aucun doute que les décisions de règlement des différends, décisions prises par une autorité administrative (qui sont même en général des départements ministériels) en vertu de pouvoirs délégués par la loi et qui, de surcroît, affectent les droits des individus, sont décisions administratives.

597. La Chambre des Lords, aux prises avec une décision de règlement des différends, a néanmoins manifesté sa perplexité. Dans la décision *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications*²⁰¹⁴, cette cour dut juger la question de la voie de recours appropriée contre une telle décision. Fallait-il autoriser Mercury à contester la décision de règlement des différends par une voie de droit privé (*originating summons*) ou, au contraire, ne fallait-il pas considérer que le recours en *judicial review* était la seule voie possible, étant donné que c'était bien la décision du Directeur général qui était là en cause ?

598. Or, comme l'affirme Lord Diplock dans l'arrêt fondateur *O'Reilly v. Mackman* : « Il serait, à mon avis, contraire à l'ordre public, de manière générale et, en tant que tel, un abus de procédure, d'autoriser une personne, cherchant à établir que la décision d'une autorité publique porte atteinte à des droits que le droit public protège, à utiliser les voies de recours ordinaires et, par ce moyen, à contourner les dispositions du décret 53 qui protège les personnes publiques »²⁰¹⁵. Cependant, Lord Diplock lui-même reconnaissait que, dans certains cas « particulièrement lorsque la nullité de la décision est soulevée par voie d'exception à l'occasion d'une réclamation portant sur l'atteinte à un droit du requérant soumis au droit privé ou, lorsqu'aucune des deux parties n'objecte au recours à la procédure de droit privé »²⁰¹⁶, le recours en *judicial review* pouvait, dans ces cas, céder le pas.

599. Dans la présente décision, les juges reconnurent que les pouvoirs du Directeur, sa fonction, étaient soumis au droit public. Néanmoins, les juges prirent en compte l'adaptation

²⁰¹² *R. v Barnsley Metropolitan Borough Council Ex p. Hook* [1976] 1 W.L.R. 1052. Les juges considèrent que la décision de la municipalité en question est détachable du contrat de droit privé. Il s'agissait d'une licence pour vendre dans un marché, acte de droit privé en *common law*.

²⁰¹³ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 631. Paul Craig est le seul à utiliser ce critère dans la doctrine, mais il est aussi le seul à étudier précisément les décisions susceptibles d'annulation. Les autres auteurs se concentrent sur le recours en général et n'étudient donc que le critère fonctionnel.

²⁰¹⁴ *V. Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications* [1996] 1 W.L.R. 48. V. le comm. sur cette décision de Patrick Birkinshaw, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », R.F.D.A., 2006, p. 1015 (trad. par E. Breen). V. la critique dans l'article au titre éloquent : Aileen McHarg, « Regulation as a private law function? » *Public Law*, 1995, 1995, Win, pp. 539-550.

²⁰¹⁵ Traduction de : « it would in my view as a general rule be contrary to public policy, and as such an abuse of the process of the court, to permit a person seeking to establish that a decision of a public authority infringed rights to which he was entitled to protection under public law to proceed by way of an ordinary action and by this means to evade the provisions of Order 53 for the protection of such authorities » (*O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 A.C. 237, spéc. p. 285).

²⁰¹⁶ Traduction de : « particularly where the invalidity of the decision arises as a collateral issue in a claim for infringement of a right of the plaintiff arising under private law, or where none of the parties objects to the adoption of the procedure by writ or originating summons ».

des procédures respectives au litige entre personnes privées. Lord Slynn of Hadley considère ainsi que les procédures de droit privé sont mieux adaptées que celles de *judicial review* pour apporter une solution satisfaisante au litige des entreprises en question²⁰¹⁷. Aussi accepte-t-il le recours de droit privé intenté par Mercury. De surcroît, la source du pouvoir du Directeur général était, à l'époque, dans l'autorisation administrative. Aujourd'hui cette source se trouve directement dans la loi. On a déjà vu que les tribunaux anglais acceptent difficilement — même si on observe peut-être un changement — le caractère d'acte administratif de l'autorisation, ce qui a pu influencer sur la décision des juges. Cette décision n'a plus qu'un intérêt historique. Les sources du pouvoir sont désormais plus éminentes et, de plus, le législateur est intervenu pour mettre en place une procédure spéciale de contrôle devant une nouvelle juridiction, le Competition Appeal Tribunal.

On voit donc bien que dans les deux pays, même si la qualification de décision administrative ne fait pas de doute, celle-ci n'emporte pas toujours toutes les conséquences que l'on en attendrait traditionnellement dans les deux systèmes juridiques.

II — La portée de cette qualification

600. La nature de cette décision permet de différencier la compétence de règlement des différends des autorités sectorielles de celle des juridictions ou encore de l'arbitrage²⁰¹⁸. Ainsi, à la différence des décisions de ces deux organes, les décisions de règlements des différends, étant administratives, ne sont pas dotées de l'autorité de chose jugée.

601. Contrairement à ce qu'affirment certains textes²⁰¹⁹, le règlement des différends, en tant qu'il aboutit au prononcé d'une décision administrative, se différencie radicalement de l'arbitrage qui, tant en droit anglais qu'en droit français, aboutit au prononcé d'une décision qui aura, après *exequatur*, une nature juridictionnelle²⁰²⁰, ce que note d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme²⁰²¹.

²⁰¹⁷ V. Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications, spéc. p. 58-59.

²⁰¹⁸ V. par ex. Winsor v Bloom [2002] EWCA Civ 955 : « The fact that the Rail Regulator was compelled to take section 4 considerations into account which may be irrelevant to the parties was totally inconsistent with his role being likened to that of a judge or arbitrator. Moreover, in the light of his statutory responsibilities, the Rail Regulator was better placed to make an overall assessment of what was in the interests of the rail network than the railway administrators or even the court. In exercising his powers under section 17 of the 1993 Act, the Rail Regulator performed a broader role than that performed by a judicial or quasi judicial decision maker ».

²⁰¹⁹ V. Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, 2009, n° 1714 - Un organe d'arbitrage.

²⁰²⁰ V. Stefan M. Kröll, « Arbitration », in The Elgar Encyclopedia of Comparative Law, préc., p. 78 qui définit ainsi l'arbitrage : « Arbitration is a process in which the parties agree to refer their disputes to one or more neutral persons (arbitrators) in lieu of the court system for judicial determination with a binding effect (...). This definition shows the hybrid nature of arbitration: it is contractual in origin, since it requires an agreement between the parties to submit their disputes to arbitration, but has judicial effects, as it results in a binding determination of a dispute having the same effect as a court decision. The binding and judgment-like nature of the final arbitral award distinguishes arbitration from other forms of alternative dispute resolution, such as mediation and all types of expert determination ». V. spéc. pour le droit anglais, Arbitration Act 1996, Section 66, « Enforcement of the award » : « An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect. ». V. en droit français B. Moreau, « Arbitrage international », in Répertoire de procédure civile, n°130 ; L. Richer, « Arbitrage et conciliation », in Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, n°5 (« Comme la décision du juge étatique, celle de l'arbitre est dotée de l'autorité de chose jugée, néanmoins assortie d'une limite tenant

Conclusion du § 1

La décision de règlement des différends, malgré le fait qu'elle s'inscrit dans le cadre de relations contractuelles de droit privé, est bien une décision administrative. Cette conclusion n'a pourtant pas été évidente au Royaume-Uni où, dans une décision de la Chambre des Lords, les juges ont considéré que le contrôle de cette décision pouvait relever des procédures de droit privé. De même en France, malgré la sûreté plus grande de la qualification, le législateur a décidé que le contrôle de ces décisions relèverait du juge judiciaire, ce qui n'est pas sans conséquence importante, par exemple quant au statut de l'autorité sectorielle devant le juge.

602. Pourtant, ces décisions sont bien des décisions administratives. Au Royaume-Uni, il ne fait aucun doute désormais que ces décisions, émises par une autorité administrative dans l'exercice de pouvoirs conférés par la loi, sont des décisions administratives dont le contrôle pourrait relever du recours en *judicial review*. Le législateur, pour se conformer au droit de l'Union européenne et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, a même décidé d'aller plus loin en créant un recours de pleine juridiction contre ces décisions devant une juridiction spécialisée, le Competition Appeal Tribunal.

Malgré la clarification de la nature de la décision, qui permet de distinguer la décision de règlement des différends d'autres décisions comme celles d'arbitrage, il reste à établir son contenu.

§ 2 — Le contenu de l'acte : en principe une injonction

Pour accommoder les pouvoirs de l'autorité de règlement des différends à la matière nécessairement changeante et délicate du marché, les autorités bénéficient d'une échelle de pouvoirs. En principe, la décision de règlement des différends se traduit par une décision d'injonction (I). Mais, elles peuvent aussi prendre des décisions plus souples (II).

I — En principe le règlement des différends se traduit par le prononcé d'une injonction

L'examen du droit positif atteste que la nature de la décision de règlement des différends est, de manière générale, une injonction (A). Aussi, faudra-t-il analyser la conséquence de cette qualification (B).

A — L'affirmation de la nature de la décision

603. Le droit de l'Union européenne affirme de manière très claire que la décision par laquelle les autorités sectorielles tranchent les différends doit être une décision

à ce que le caractère exécutoire est subordonné à un exequatur du juge étatique »). V. M. Maisonneuve, L'arbitrage des litiges sportifs, préc., n°946

²⁰²¹ V. C.J.C.E., 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Rodriguez Nogueira, aff. C-40/08.

« contraignante »²⁰²². Si cette indication ne fait pas nécessairement de la décision en question une injonction, elle constitue une indication importante. En effet, comme le rappelle Alix Perrin, l'injonction « constitue un acte de contrainte »²⁰²³.

604. Dans les droits internes, la nature de cet acte est précisée, même si elle est parfois assez obscure. Le droit positif anglais affirme clairement que les décisions de règlement des différends sont des injonctions²⁰²⁴. En droit français en revanche, seules les lois relatives aux décisions du Médiateur du cinéma et de la Haute autorité en disposent ainsi²⁰²⁵. Les autres textes sont nettement moins clairs, donnant à l'autorité la compétence pour « préciser »²⁰²⁶, « fixer »²⁰²⁷ les modalités de l'accès.

605. La jurisprudence est venue parfois préciser certains caractères de cette décision. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il pu déclarer que les décisions en question « s'imposent aux parties qui ont saisi cette autorité, [et] constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »²⁰²⁸. La Cour d'appel de Paris, quant à elle, considère que la loi investit l'Autorité de régulation des télécommunications « d'un pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service des télécommunications »²⁰²⁹. Le Competition Appeal Tribunal estime, enfin, que « les dispositions des directives et la procédure de règlement des différends

²⁰²² V. article 20 §1 de la directive 2002/21/CE dite « cadre » ; article 37 §11 de la directive 2007/72/CE (électricité) ; article 41 §11 de la directive 2009/73/CE (gaz naturel).

²⁰²³ V. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, Éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 224.

²⁰²⁴ V. article 190(2)(b) et (c) du Communications Act de 2003 qui dispose qu'Ofcom a le pouvoir de prononcer une « direction » ; article 17 du Railways Act de 1993 ; article 23 du Electricity Act de 1989 ; article 66D(2)(b) du Water Industry Act de 1991

²⁰²⁵ V. les secteurs du cinéma (article 92 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle) et de la propriété intellectuelle (article L. 331-32 du code de la propriété intellectuelle)

²⁰²⁶ V. article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : « La décision du conseil précise les conditions permettant d'assurer le respect des obligations et des principes mentionnés au premier alinéa » ; article L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques : « Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés » ; article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité dispose aussi : « Sa décision, qui peut être assortie d'astreintes, est motivée et précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés au premier alinéa ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés » ; article 16-II-8° de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

²⁰²⁷ V. article 38 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité dispose aussi : « (...) la commission peut fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation » ; article 16-II-8° de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

²⁰²⁸ V. Conseil constitutionnel, n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, préc., § 21.

²⁰²⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 28 Avril 1998, *S.A. France Télécom c. S.N.C. Compagnie Générale des eaux*, n° RG 97/17849, n° JurisData 1998-021049 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00210) ; Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 28 Avril 1998, *S. A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec*, n° RG 97/17847, n° JurisData 1998-021050 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00209). V. le comm. de I. de Silva, « Conditions d'ouverture des réseaux câblés aux services de télécommunications », *A.J.D.A.*, 1998, p. 835.

[...] donnent à l'autorité réglementaire nationale le pouvoir d'imposer des termes et de créer des droits »²⁰³⁰.

606. À travers l'ensemble de ces dispositions et commentaires, la physionomie de la décision de règlement des différends se précise. La définition qu'Alix Perrin fournit de l'injonction permet de compléter ce tableau. Cet auteur déclare nettement que l'injonction est un acte correctif — il vise en cela à modifier un comportement en imposant une obligation — de concrétisation du droit — elle vise en cela à exécuter et garantir l'effectivité d'un droit²⁰³¹. La décision de règlement des différends remplit l'ensemble de ces critères : elle impose un certain nombre d'obligations à des opérateurs déterminés, exécutant ainsi la volonté du législateur, afin de surmonter l'opposition d'un ou plusieurs de ces destinataires.

La nature de la décision en question étant à présent fixée, quelle en est sa portée, quelle est l'étendue et quelles sont les limites de cette injonction ?

B — La portée de l'injonction

L'analyse de la portée de l'injonction, de ses contours, permettra de dégager la substance de cette décision. C'est d'abord par rapport à l'exercice des libertés publiques que les limites de cette décision ont été dessinées (1). C'est ensuite par rapport à son contenu matériel (2) et enfin par rapport au pouvoir du juge civil que les bornes de l'injonction ont été fixées.

1 — L'injonction et les libertés publiques

Dans ce cadre, on étudiera successivement les limites de l'injonction face à la liberté contractuelle (a), au droit de propriété (b) et à la liberté tarifaire (c) des opérateurs.

a — L'injonction et la liberté contractuelle : forcer à contracter (en droit anglais) ou forcer à faire une offre (en droit français)

L'analyse doit distinguer la jurisprudence judiciaire et administrative. Le législateur n'ayant pas harmonisé complètement les différents secteurs, le Conseil supérieur de l'audiovisuel dispose d'un pouvoir d'injonction plus restreint.

607. Les autorités de règlement des différends ont le pouvoir de restreindre la liberté contractuelle. En France, la Cour d'appel de Paris a reconnu que l'opérateur historique France Télécom ne peut prétendre à une atteinte à ses prérogatives contractuelles, car « les restrictions qui y sont apportées, ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention

²⁰³⁰ V. *British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits)* [2010] CAT 15, 11 Jun 2010, spéc. §91 : « The provisions of the Directives and the Dispute Resolution Process (...) give the national regulatory authority the power to impose terms and create entitlements. »

²⁰³¹ V. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., *passim*. V. aussi pour une analyse de l'injonction en droit comparé : G. A. Sofianatos, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec*, préc., p. 3.

d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications »²⁰³². De même, il a été reconnu que « la mission régulatrice que la loi a conférée à l'A.R.T. lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions, et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient »²⁰³³. La Cour d'appel de Paris a pu aussi justifier la limitation à la liberté contractuelle au nom de l'intérêt général qui s'attache au besoin d'assurer l'accès à certains biens ayant le caractère d'infrastructures essentielles²⁰³⁴.

En droit anglais également, les juges ont pu énoncer que « ce que le Directeur décide s'intègre au contrat »²⁰³⁵.

Mais la liberté contractuelle constitue aussi une limite au pouvoir des autorités sectorielles²⁰³⁶. Dans quelles mesures ?

608. En droit français, les juges sont venues corriger la portée de l'injonction : il ne s'agit pas de forcer à contracter, mais d'enjoindre à faire une proposition, une offre. Ainsi que le reconnaît Thierry Tuot, « cette injonction de conclure, même si elle était opportune, serait une atteinte à la liberté contractuelle »²⁰³⁷.

609. La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré dans un arrêt du 8 mars 2005 que, face au grief soulevé par E.D.F. que la Commission de régulation de l'énergie aurait excédé ses

²⁰³² V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 28 Avril 1998, S.A. France Télécom c. S.N.C. Compagnie Générale des eaux, n° RG 97/17849, n° JurisData 1998-021049 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00210) ; Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 28 Avril 1998, S. A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec, n° RG 97/17847, n° JurisData 1998-021050 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00209).

²⁰³³ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Completel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/13088 ; Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Estel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/12433 ; Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 juin 2011, Société NC Numéricable S.A. c. Société France Télécom S.A., n° RG 2010/23690. Dans ce dernier arrêt la Cour rappelle que « la mission régulatrice confiée par la loi à l'ARCEP lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de liberté contractuelle ».

²⁰³⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 23 janvier 2007, Société Gaz de France c. Société Altergaz, n° RG 06/06163. V. J.-P. Tran Thiet, « Stockages de gaz : L'accès des tiers au stockage doit comporter des modalités de cession du gaz détenu par le précédent titulaire de droits de stockage transparentes et objectives qu'il appartient à la CRE d'enjoindre à l'opérateur de stockage de fixer GDF/Altergaz », Concurrences, N° 2-2007, n°13505, pp. 162-163. V. aussi le comm. de T. Tuot sur la décision de la C.R.E. : T. Tuot, « La Commission de régulation de l'énergie rend son premier règlement de différend dans le secteur gazier », Concurrences, 2006, n° 2, pp. 152-153.

²⁰³⁵ V. Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications, spéc. p. 57.

²⁰³⁶ V. par ex. Conseil supérieur de l'audiovisuel, 17 juillet 2007, Société Voyage c. CanalSatellite, n° 2007-471 (J.O.R.F., n°187, 14 août 2007, texte n° 86). Comm. D. Lescop, « Le CSA enjoint à CanalSatellite de faire à Voyage une offre de distribution et de rémunération qui présente un caractère objectif, équitable et non discriminatoire », Revue Concurrences, Regulations, n°4, 2007, pp. 135-142, spéc. pp. 140 suiv.. Le C.S.A. affirme qu'elle doit « combiner ces dispositions [l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 sur le pouvoir de règlement des différends] avec le principe de liberté commerciale invoqué par la société CanalSatellite ». V. Ofcom, Ofcom review of additional charges, 19 déc. 2008 ; Postcomm, Promoting Effective Competition In Uk Postal Services Through Downstream Access - Observations On The Agreement Between Royal Mail And Uk Mail Ltd On Access To Royal Mail's Delivery Network, March 2004

²⁰³⁷ Th. Tuot, « La Cour d'appel juge que la CRE n'a pas le pouvoir d'adresser à un utilisateur du réseau une injonction de conclure un contrat », préc., p. 99.

pouvoirs en enjoignant « aux parties de conclure une convention de raccordement au réseau public de distribution et [...] de réaliser des actes postérieurs à la conclusion d'une convention de raccordement ». Au contraire, celle-ci n'a fait qu'« inviter EDF à adresser une convention de raccordement qui réponde aux conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend permettant d'assurer l'accès aux réseaux ; que ce faisant, elle ne contraint pas les parties à signer une convention dont elles peuvent librement négocier les autres modalités et qu'elles restent libres d'accepter ou de refuser »²⁰³⁸. Le terme invitation qu'utilise souvent la Cour d'appel est une litote pour désigner l'injonction. On voit toutefois dans cette décision que l'injonction ne doit pas « forcer à contracter », mais enjoindre à faire une offre. Elle porte bien sûr l'offre, ce que le Conseil supérieur a bien compris puisqu'il estime « qu'il ne peut ordonner la conclusion d'un contrat dans le cadre de sa procédure de règlement des différends, mais qu'il dispose, en revanche, du pouvoir d'enjoindre à une partie de faire une « proposition commerciale » à l'autre »²⁰³⁹.

610. La doctrine considère que l'écart entre forcer à contracter et inviter à faire une proposition est faible. En effet, en droit des contrats, l'émission d'une offre accueillie par une « acceptation inconditionnelle [...] suffira à la conclusion d'un contrat »²⁰⁴⁰. Il est en effet constant que « l'acceptation suffit à former le contrat »²⁰⁴¹. Marie-Anne Frison-Roche fait le même constat : « Tout d'abord, obliger à proposer est très proche d'obliger à contracter, voire synonyme, puisqu'il suffira que le destinataire — ici celui qui veut concrétiser son droit d'accès au réseau — accepte la proposition pour que le gestionnaire de réseaux soit « pris » dans un contrat. Ainsi, pour se référer à la doctrine autorisée, ici sous la plume d'un des rédacteurs de l'arrêt [...], le cas dans lequel le régulateur oblige celui qui a pris le contrôle d'une société à offrir aux actionnaires minoritaires d'acquérir leur titre (OPA obligatoire) correspond, selon l'auteur, à l'hypothèse de contrats « imposés ». L'hypothèse est semblable entre l'exemple et le cas présent. Pourtant, les qualifications retenues dans l'exercice de doctrine et dans l'arrêt sont dissemblables »²⁰⁴². Thierry Tuot va, lui, plus loin et considère que cette lecture des pouvoirs des autorités de règlement des différends, qui ne pourraient enjoindre de conclure un contrat ne serait pas en harmonie avec l'esprit de la loi. Pour cet auteur la Cour d'appel de Paris manifesterait ainsi que « la CRE ne saurait avoir des pouvoirs supérieurs, ni même identiques, à ceux du juge du contrat. Cette limitation ne figure pas dans la loi, et il est permis de s'interroger sur les conditions dans lesquelles on peut la concilier avec la logique du texte, ainsi que des directives qu'il transpose »²⁰⁴³.

²⁰³⁸ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 8 Mars 2005, S. A. É.D.F. c. Société Pouchon Cogen, n° RG 04/12606, n° JurisData : 2005-279037 (recours contre une décision de la C.R.E., 3 juin 2004, J.O.R.F., n° 209, 8 septembre 2004, p. 15810, texte n° 39). V. aussi le comm. G. Weigel, F. Fontaine, « La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », spéc. p. 75.

²⁰³⁹ V. J.-P. Tran Thiet, « Le CSA rend une décision soulignant la vitalité du principe de non discrimination », Concurrences, Régulations, Chroniques, n° 4, 2008, pp. 139-149, spéc. p. 148.

²⁰⁴⁰ V. J.-P. Tran Thiet, « Le CSA rend une décision soulignant la vitalité du principe de non-discrimination », préc., p. 148.

²⁰⁴¹ V. Y. Lequette, F. Terré, Ph. Simler, Droit civil. Les obligations, préc., n°121, p. 134.

²⁰⁴² V. M.-A. Frison-Roche, « Précisions sur le rôle processuel du régulateur et sur son pouvoir en matière contractuelle (CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 8 mars 2005, Pouchon Cogen) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 4, n°327, pp. 104-105, spéc. p. 105. Le rédacteur de l'arrêt cité par M.-A. Frison-Roche est : J. Riffault-Silk, « Droit des contrats et régulation économique », Revue Lamy de la concurrence, 2005/3, n° 258.

²⁰⁴³ V. Th. Tuot, « La Cour d'appel juge que la CRE n'a pas le pouvoir d'adresser à un utilisateur du réseau une injonction de conclure un contrat », Concurrences, n° 2, 2005, n°1203, pp. 98-100, spéc. p. 99.

La différence, subtile, est néanmoins importante, elle laisse d'abord une certaine marge de manœuvre à l'autre partie, la destinataire de l'offre obligatoire. Le Conseil d'État, dans le domaine audiovisuel, a apporté une précision supplémentaire.

611. Pour reprendre les termes du rapporteur Sophie-Justine Lieber dans l'arrêt du 7 décembre 2011, la question qui se posait au Conseil d'État était de savoir « si le CSA peut intervenir lorsqu'aucune relation contractuelle n'a été engagée entre les parties, le différend portant justement sur le refus de l'une des parties de nouer des relations contractuelles ». Le différend était en effet né du refus de la société M6 de se faire diffuser par le distributeur AB Sat, refus que ce dernier estimait discriminatoire et justifiant par conséquent la saisine du Conseil supérieur de l'audiovisuel, lequel fit droit à la demande du distributeur, au motif que ce refus était discriminatoire. Or, le requérant soutenait qu'en l'absence de relations commerciales établies, le Conseil supérieur ne pouvait pas forcer une partie à contracter. La loi étant imprécise sur ce point (« aucune intention évidente du législateur en ce sens ne peut être identifiée »), la solution s'appuie sur la portée de la liberté contractuelle et la nécessité de concilier les objectifs législatifs avec la liberté des acteurs. Le Conseil d'État juge en conséquence que « Considérant que les pouvoirs conférés par le législateur au Conseil supérieur de l'audiovisuel au titre de sa mission de règlement de différends doivent être conciliés avec la liberté contractuelle dont disposent, dans les limites fixées par la loi, les éditeurs et distributeurs de services audiovisuels ; que lorsque le différend qui lui est soumis naît dans le cadre d'une relation contractuelle entre un éditeur et un distributeur ou d'une offre de contrat, il lui est loisible, pour assurer le respect de l'ensemble des principes et obligations énumérés à l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, de prononcer, sous le contrôle du juge, des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution des conventions entre les parties au différend, y compris si les circonstances de l'espèce l'exigent l'injonction de faire à l'autre partie une nouvelle offre de contrat conforme à certaines prescriptions ; qu'en revanche, quand il est saisi d'un différend en l'absence de relation contractuelle ou de toute offre de contrat, ce que les dispositions de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 permettent, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne dispose du pouvoir de prononcer une telle injonction de faire une offre que, d'une part, envers un opérateur à qui la loi fait expressément obligation de mettre à disposition un service ou de le reprendre ou, d'autre part, dans le cas où cette injonction est nécessaire pour prévenir une atteinte caractérisée à l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes »²⁰⁴⁴. L'atteinte à la liberté contractuelle ne peut donc être justifiée, en l'absence de relations commerciales établies, que si cette atteinte trouve sa justification dans les objectifs législatifs dont le Conseil supérieur de l'audiovisuel a la sauvegarde : l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes.

On voit donc qu'en droit français, les pouvoirs de règlement des différends ne sont pas homogènes d'une autorité à l'autre. Toutes les autorités ne disposent pas du pouvoir de surmonter le refus de contracter, car le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut remédier à un tel refus que dans des hypothèses limitées. Dans les domaines de l'énergie, des communications électroniques et ferroviaires, l'injonction ne porte que sur la volonté de

²⁰⁴⁴ V. Conseil d'État, 7 décembre 2011, Société Métropole Télévision, n° 321349.

contracter de l'offreur et non sur celle des deux parties. À ce niveau aussi, les juges ont eu une lecture restrictive des pouvoirs de l'autorité administrative.

612. Qu'en est-il en droit anglais ? La question ne s'est pas posée ainsi devant les juges. En effet, la loi établit clairement les pouvoirs des autorités sectorielles. Par exemple, la loi sur la communication de 2003 offre à l'autorité de l'Office of communications une gamme de pouvoirs : elle peut au minimum « établir les droits et les obligations des parties au différend », elle peut aussi « fixer les termes et les conditions de la transaction des parties au différend », ou « d'imposer l'obligation, opposable à chaque partie au différend, de conclure le contrat entre eux, aux termes et aux conditions qu'Ofcom fixera »²⁰⁴⁵. Le législateur a donc conféré à Ofcom un choix qui lui permet d'aménager ses pouvoirs en fonction des circonstances. Mais ce n'est pas le cas dans tous les domaines : ainsi, le pouvoir d'injonction de l'autorité sectorielle en vertu de la loi sur les chemins de fer de 1993 ne porte que sur le propriétaire de l'infrastructure, qu'elle peut forcer à contracter²⁰⁴⁶. On voit néanmoins que l'autorité administrative anglaise peut forcer à contracter, et non simplement — au contraire de son homologue française — forcer à faire une offre. Ses pouvoirs sont donc plus importants.

La loi confère ainsi des pouvoirs beaucoup plus importants à l'autorité sectorielle anglaise.

613. Cependant, cela ne signifie pas que les droits qu'une partie tire d'un contrat peuvent être complètement écartés par l'autorité sectorielle. Dans un jugement du 1^{er} août 2011 opposant British Telecom à Ofcom, le Competition Appeal Tribunal est venu expliquer la portée des dispositions contractuelles liant les parties dans le cadre du règlement d'un différend. Pour le Tribunal, British Telecom bénéficiait d'un droit contractuel pour imposer certains changements de tarifs. Le Tribunal note à cet égard « qu'en temps normal, les personnes morales que sont les fournisseurs de service de communication peuvent espérer que leur situation juridique soit régie par leurs droits et obligations de droit privé (ce qui inclut, en particulier, les contrats qu'ils ont conclus), même si bien sûr, ces droits et obligations peuvent être modifiés par le régime réglementaire auquel ils sont soumis. Aussi, par exemple, de nombreuses conditions imposées par l'autorité administrative lorsqu'un opérateur bénéficie d'une puissance significative sur le marché comprennent une « couche » de droit public autorisant ou modifiant les droits stricts des parties. Lorsque cela arrive, les droits privés doivent céder devant la réglementation. Cependant, même si nous ne voulons pas suggérer que les droits privés des parties doivent dicter l'issue du règlement des différends (comme nous l'avons dit, le règlement des différends peut écarter ces droits), les droits privés sont des facteurs pertinents à prendre en compte lors de la résolution du différend »²⁰⁴⁷.

²⁰⁴⁵ V. articles 190(2) (a) (b) et (c) du Communications Act de 2003 : « Their [Ofcom's] main power (...) is to do one or more of the following— (a) to make a declaration setting out the rights and obligations of the parties to the dispute; (b) to give a direction fixing the terms or conditions of transactions between the parties to the dispute; (c) to give a direction imposing an obligation, enforceable by the parties to the dispute, to enter into a transaction between themselves on the terms and conditions fixed by OFCOM ».

²⁰⁴⁶ V. Railways Act de 1993, article 17 : « directions requiring facility owners to enter into contracts for the use of their railway facilities ».

²⁰⁴⁷ V. V. Competition Appeal Tribunal, *British Telecommunications Plc and Everything Everywhere Limited v Office of communications* [2011] CAT 24, § 444 : « As we have found, BT had a contractual right to impose the NCCNs on the mobile network operators (see paragraphs 56(1) above). Ordinarily, persons such as communications providers are entitled to expect their legal position to be dictated by their private law rights and obligations (including, in particular, any contracts entered into by them), although of course these rights and obligations can be modified by such regulatory regime as they may be subject to. Thus, for instance, many SMP

Par conséquent, pour le Competition Appeal Tribunal, les droits contractuels des parties peuvent être écartés, mais ils font partie des facteurs que l'autorité administrative doit prendre en compte dans son office.

Qu'en est-il à présent de l'effet de l'injonction sur le droit de propriété ?

b — L'injonction et le droit de propriété

614. La décision des autorités de régulation a aussi un effet sur le droit de propriété des opérateurs. Elle peut ainsi se prononcer sur le régime de propriété d'équipements nouveaux et décider que tel ou tel opérateur en sera propriétaire en fonction des objectifs qu'elle entend poursuivre : « La nécessité, tant de la propriété que de l'exploitation, des routeurs câble par France Télécom n'étant pas démontrée, l'Autorité considère que la Compagnie générale de vidéocommunication peut demander à juste titre à gérer elle-même ces routeurs. De plus, la Compagnie générale de vidéocommunication, dès lors qu'elle exploite elle-même ces équipements, doit en assurer la fourniture et le financement et par là même en être propriétaire. Cette solution est celle qui offre la meilleure clarté et transparence quant au partage des responsabilités. Sa mise en œuvre nécessite une étroite coopération entre les deux parties »²⁰⁴⁸. La Cour d'appel de Paris reconnaît la légitimité de ce raisonnement : le pouvoir de l'Autorité « implique qu'elle puisse décider, en l'absence d'accord des parties, sur le régime applicable à des équipements nouveaux, distincts de ce réseau, mais indispensables pour assurer d'une manière effective la fourniture du service de télécommunications ». Mais comme le dit la Cour d'appel de Paris : « France Télécom ne peut invoquer une atteinte au droit de propriété, alors qu'elle reste propriétaire de ses réseaux et perçoit une redevance pour l'utilisation de ceux-ci »²⁰⁴⁹.

615. La question du contrôle de la portée du pouvoir d'injonction des autorités sectorielles anglaises face au droit de propriété n'a pas été soulevée à l'occasion de contentieux devant les autorités juridictionnelles de contrôle.

Qu'en est-il à présent de l'étendue du pouvoir d'injonction des autorités de régulation dans l'encadrement de la liberté tarifaire des opérateurs ?

c — L'injonction et la liberté tarifaire

616. En France, l'autorité sectorielle peut apporter une restriction à la liberté tarifaire des opérateurs. En revanche, elle ne doit pas, dans cet exercice, créer de discrimination entre ceux-ci. C'est entre ces deux bornes que le principe de liberté tarifaire peut se déployer.

conditions comprise a public law “overlay” qualifying or altering the strict legal rights of the parties. Where this occurs, private law rights give way to regulation. Thus, whilst we certainly do not suggest that private law rights can dictate the outcome of the Dispute Resolution Process (as we have held, the Dispute Resolution Process can override such rights), private law rights are relevant factors to take into account ».

²⁰⁴⁸ V. Autorité de régulation des télécommunications, 10 juillet 1997 *Compagnie générale de vidéocommunication c. France Télécom*, n° 97-210, p. 13 (J.O.R.F., n°208, 7 septembre 1997, p. 13104).

²⁰⁴⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 28 Avril 1998, *S.A. France Télécom c. S.N.C. Compagnie Générale des eaux*, n° RG 97/17849, n° JurisData 1998-021049 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00210) ; Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 28 Avril 1998, *S. A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec*, n° RG 97/17847, n° JurisData 1998-021050 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00209).

En France, la liberté des prix est reconnue par l'article L. 410-2 du Code de commerce : ils sont « librement déterminés par le jeu de la concurrence »²⁰⁵⁰. Dans quelle mesure les autorités de régulation peuvent-elles porter atteinte à cette liberté ?

617. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que ce principe « n'est pas absolu »²⁰⁵¹ ; aussi n'exclut-elle pas que l'Autorité de régulation des télécommunications « y apporte des restrictions tenant compte notamment d'un objectif d'efficacité économique, de la nécessité d'assurer un développement compétitif du marché ainsi qu'un équilibre entre les intérêts légitimes des différents opérateurs, « puissants ou non puissants » »²⁰⁵². Christophe Jamin va même jusqu'à affirmer que la liberté tarifaire dans le droit des secteurs régulés est fictive. Son analyse part de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel celle-ci considère que « EDF n'avait apporté aucun élément permettant de vérifier que sa proposition technique et financière était la solution la plus économique et que les travaux mis à la charge de l'utilisateur du réseau correspondaient bien au raccordement de sa seule installation »²⁰⁵³. Pour cet auteur, « d'une part, le gestionnaire du réseau doit prouver que sa proposition est la plus économique, ce qui constitue un renversement de la charge de la preuve par rapport au droit commun. D'autre part, dit-il, dès l'instant que cette démonstration n'est pas rapportée, l'ART peut refaire le prix et, cela, au nom de l'efficacité économique »²⁰⁵⁴.

618. Le pouvoir d'encadrement de la liberté tarifaire qui incombe aux autorités sectorielles pour favoriser l'efficacité économique doit toutefois s'exercer dans le respect du principe de non-discrimination, principe que doit respecter toute autorité administrative. Par conséquent, ce principe « impose que les opérateurs exerçant leur activité dans des conditions équivalentes soient traités de manière égale ; qu'en particulier France Télécom doit bénéficier des mêmes conditions que ses concurrents lorsqu'elle utilise pour ses propres besoins la base annuaire ; que s'appréciant à la lumière du principe d'orientation vers les coûts, le principe de non-discrimination impose que toute différence tarifaire entre deux opérateurs puisse être justifiée par une différence de coût de cession de la base pour le cédant ou par les conditions différentes dans lesquelles les opérateurs agissent »²⁰⁵⁵. Dans cette décision, la Cour a considéré que « le caractère forfaitaire des tarifs [étant] de nature à défavoriser les acteurs ayant un faible volume d'activité », cette méthode était contraire à ce principe²⁰⁵⁶.

²⁰⁵⁰ Sauf dans les secteurs, comme celui de l'énergie où une police des prix perdure.

²⁰⁵¹ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 Janvier 2004, S.A. UPC France c. France Télécom, n° RG 2003/12848, n° JurisData 2004-231900 (recours contre une décision de l'A.R.T., 5 juin 2003, n° 03-703). V. le comm. de Ch. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in Droit et économie de la régulation, tome 4, Presses de Sciences Po, 2006, pp. 183-196, §26.

²⁰⁵² V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Completel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/13088 ; Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Estel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/12433. V. le comm. de É. Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in Droit et économie de la régulation, tome 1, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 149-173, spéc. §32 ; P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), spéc. §101, in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, fév. 2007.

²⁰⁵³ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 8 juin 2004, E.D.F. c. S.A.R.L. Coged de Kerverzet (recours contre une décision de la Commission de régulation de l'énergie, 30 octobre 2003, J.O.R.F., n°11, 14 janvier 2004, p. 1062, texte n° 68). V. le comm. de M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès au réseau de transport d'électricité pour un prix équitable », Revue Lamy de la Concurrence, 2004, n°1, n°91, p. 135.

²⁰⁵⁴ V. Ch. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », préc., spéc. §31.

²⁰⁵⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad (recours contre la décision de l'A.R.C.E.P. du 23 septembre 2003 n°03-1038).

²⁰⁵⁶ V. aussi le comm. de P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), préc., spéc. §101.

619. Le problème du contrôle de l'autorité sectorielle dans son intervention dans la liberté tarifaire des parties n'a pas été soulevé au Royaume-Uni.

L'injonction encadre donc la liberté contractuelle, le droit de propriété et la liberté tarifaire des acteurs. Elle restreint aussi le comportement de ceux-ci.

2 — *L'injonction et le comportement des opérateurs : des obligations de faire ou de ne pas faire*

620. En France, les tribunaux ont aussi été amenés à préciser l'étendue des pouvoirs de l'autorité de règlement des différends dans la réglementation des comportements des opérateurs. Dans les litiges opposant France Télécom aux opérateurs du câble pour la fourniture de services d'accès à Internet, cette société soutenait que « s'il appartient à l'Autorité de compléter ou d'adapter les conventions existantes de telle sorte qu'elles assurent la possibilité effective aux câblo-opérateurs de rendre sur les réseaux qu'ils exploitent des services de télécommunications, elle ne peut en revanche prescrire les modalités pratiques selon lesquelles le propriétaire du réseau devra réaliser la mise à niveau technique des réseaux »²⁰⁵⁷. En substance, l'opérateur soutenait que le pouvoir d'injonction de l'autorité sectorielle était limité à la matière contractuelle : elle n'aurait le pouvoir que de modifier ou de compléter les contrats, sans pouvoir ordonner des actions positives de la part de l'opérateur, des travaux sur le réseau par exemple. C'est ce raisonnement que condamne la Cour d'appel de Paris en jugeant que les pouvoirs que lui confère la loi l'investissent « du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service de télécommunications ». Le pouvoir d'injonction est donc aussi relatif au comportement de l'entreprise. Il n'y a pas eu, au Royaume-Uni de censure de l'autorité sectorielle sur ce point particulier.

Il reste enfin à voir si l'autorité sectorielle peut ordonner l'indemnisation du préjudice d'un opérateur.

3 — *L'injonction et les pouvoirs du juge civil*

621. À cet égard, la Cour d'appel de Paris a jugé que la Commission de régulation de l'énergie ne peut « prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur exécution et pas davantage d'enjoindre la signature d'un contrat »²⁰⁵⁸. Elle a aussi considéré qu'en « enjoignant à la société Cerestar France de payer cette somme sous peine des sanctions précitées, alors qu'une telle décision, qui ressortit au juge du contrat, est étrangère à sa mission de régulation, la Commission a excédé ses pouvoirs »²⁰⁵⁹. Cette décision condamne *a posteriori*

²⁰⁵⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., section H, 28 avril 1998, S.A. France Télécom c. S.N.C. Compagnie Générale des eaux, n° RG 97/17849 ; Cour d'appel de Paris, 1^e ch., section H, 28 avril 1998, France Télécom c. Société Paris TV Câble (SLEC), n° RG 97/17847.

²⁰⁵⁸ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 févr. 2004, É.D.F. c. Société Sinerg, n° RG 2003/10671.

²⁰⁵⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 25 Janvier 2005, Société Cerestar France c. É.D.F.-R.T.É., n° RG 04/12111, n° JurisData, 2005-279033. V. M.-A. Frison-Roche, « La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir (CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 25 janv. 2005, Cerestar France) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 111-112.

l'interprétation que la Commission de régulation de l'énergie avait faite de ses pouvoirs, considérant qu'elle pouvait indemniser le gestionnaire d'un réseau des préjudices subis²⁰⁶⁰. Thierry Tuot expliqua à cette occasion que l'« on voit mal quelle portée donner à ces dispositions, si l'on n'admet pas qu'elles exigent de la Commission de régulation de l'énergie non seulement qu'elle apprécie la régularité de l'attitude d'un gestionnaire, mais aussi qu'elle énonce la façon de remédier aux désordres ou irrégularités qu'elle constate, y compris en indemnisant les préjudices subis »²⁰⁶¹. Mais « prenant acte de la position de la cour d'appel à cet égard, la Commission a considéré dans sa décision Safhloa du 6 mai 2004, qu'il ne lui appartenait pas de prononcer une condamnation tendant à la réparation d'un préjudice »²⁰⁶². L'impossibilité d'ordonner l'indemnisation d'un préjudice n'empêche pas l'autorité sectorielle d'ordonner le remboursement de sommes indûment perçues²⁰⁶³, ce qui est aussi le cas devant l'Autorité de régulation des communications électroniques²⁰⁶⁴.

622. Au Royaume-Uni, la solution n'est différente que dans le secteur des communications électroniques. La loi de 2003 autorise en effet Ofcom « dans le but de donner effet à sa décision [de règlement des différends] [...] d'enjoindre à une partie [...] de s'acquitter du paiement des sommes dues afin d'ajuster les trop-perçus ou les manques à gagner d'une partie ». Mais c'est la loi qui autorise expressément l'autorité administrative à émettre cette injonction²⁰⁶⁵.

²⁰⁶⁰ V. Commission de régulation de l'énergie, 30 mai 2002, Société Dounor à Électricité de France (J.O.R.F., n°150, 29 juin 2002, p. 11241, texte n° 64). Arnaud Le Gall avait critiqué cette solution : « S'appuyant (...) sur un critère formel, l'existence d'un contrat d'accès au réseau, la CRE rejette toute considération matérielle relative à la nature même de la demande indemnitaire : quand bien même le litige se résumerait « à une question classique de responsabilité contractuelle qui aurait pu relever de la compétence d'autorités juridictionnelles (cette circonstance) ne saurait en tout état de cause avoir d'incidence sur la compétence détenue par la CRE en vertu de l'article 38 de la loi du 10 février 2000 ». Il juge finalement que cette solution « en fin de compte, (...) apparaît la plus simple, bien que ses motivations juridiques soient assez faibles. Il semble préférable d'éviter de fissurer le bloc de compétence du régulateur (V. A. Le Gall, « Précisions sur la compétence de la Commission de régulation de l'électricité », Recueil Dalloz 2002 p. 2997).

²⁰⁶¹ V. T. Tuot, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », préc..

²⁰⁶² V. G. Bouquet, S. Beauvillard, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », préc.. De même, le CoRDIS, s'est déclaré incompétent pour condamner une partie à réparer un préjudice résultant d'un manquement à ses obligations contractuelles (CoRDiS, 28 mai 2010, CBC c. Gérédis Deux-Sèvres et Séolis ; CoRDiS, 22 janv. 2010, Altergaz c. GRDF). V. A. Le Gall, « Droit de l'énergie », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 14, 7 Avril 2011, 1284, n° 39-40.

²⁰⁶³ V. Cour d'appel de Paris, ch. 5, 26 mai 2009, n° RG 2008/16665, Société Neuf Cégétel c. France Télécom, sur la décision de l'A.R.C.E.P. du 24 juillet 2008, n°2008-0839.

²⁰⁶⁴ V. J. Adda, « La Cour de cassation étend la rétroactivité des décisions de règlement de différend », Concurrences, n° 1-2011, Chroniques, Régulations, p. 171 : « La pratique de l'ARCEP et la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris avaient déjà admis antérieurement que la décision de règlement de différends pouvait conduire le régulateur à ordonner, le cas échéant, le remboursement des sommes indûment perçues par l'opérateur puissant en violation de son obligation d'orientation des tarifs vers les coûts ».

²⁰⁶⁵ V. article 190(2)d du Communications Act de 2003 : Ofcom's « main power...is to do one or more of the following – (d) for the purpose of giving effect to a determination by OFCOM of the proper amount of a charge in respect of which amounts have been paid by one of the parties of the dispute to the other, to give a direction, enforceable by the party to whom the sums are to be paid, requiring the payment of sums by way of an adjustment of an underpayment or overpayment ». Le Competition Appeal Tribunal a jugé en outre que ce pouvoir n'était pas un pouvoir de nature pénal, mais au contraire de nature correctrice : « BT, on a number of occasions sought to characterise OFCOM's direction as the imposition of a penalty (Notice of Appeal, paragraphs 34, 63(d), 218; Mr Read also referred to it as a "punitive measure" (Transcript, Day one, page 3)). We reject this characterisation. OFCOM's direction, as we have noted, was not intended (and did not) penalise BT, but sought to rectify some (but probably not all) of the adverse effects of BT's failure to comply with Condition H3.1. In so acting, OFCOM was acting consistently with a number of cases stating that where a

En conclusion, le pouvoir de règlement des différends se traduit en principe par le prononcé d'une injonction. Cette décision contraignante, parce qu'elle porte atteinte à certains droits et libertés, connaît néanmoins certaines limites, essentiellement d'ailleurs en droit français. Les autorités sectorielles disposent aussi de pouvoirs plus souples pour mener à bien leur mission de règlement des différends.

II — Les solutions plus souples

623. Mais les autorités sectorielles, disposant d'un pouvoir discrétionnaire important, peuvent aussi choisir d'exercer des pouvoirs moins contraignants que l'injonction. Elles peuvent en pratique choisir des solutions moins attentatoires à la liberté des acteurs. On constate ainsi que, dans la pratique, les autorités peuvent préférer des solutions plus souples. Par exemple, la Commission de régulation de l'énergie, dans une décision Semmaris, a-t-elle adopté une décision plus pragmatique, aménageant dans le temps la solution du litige. Dans cette décision Thierry Tuot constate ainsi que la Commission a choisi de ne pas trancher définitivement le litige qui lui était soumis : elle a ainsi appelé « le gestionnaire de réseau de distribution à adopter des règles conformes à la loi, à statuer à nouveau sur la demande de la Semmaris, dans un délai de deux mois, à en rendre compte à la Commission de régulation de l'énergie, quitte à ce que la Semmaris conteste alors à nouveau devant elle la nouvelle décision de regroupement ». Cette décision contient bien une injonction à l'entreprise, mais, en quelque sorte, la Commission statue en deçà de ses compétences. Pour cet auteur, statuant ainsi, la Commission « se montre plus régulateur que juge ».

De même en droit anglais, le législateur donne à certaines autorités sectorielles un pouvoir plus flexible. Ainsi, Ofcom peut, dans le cadre du règlement d'un différend, émettre une « déclaration fixant les droits et les obligations des parties au différend »²⁰⁶⁶. Cette décision, précise la loi, est obligatoire,²⁰⁶⁷ mais elle semble se distinguer de l'injonction et permettre plus de souplesse à l'autorité administrative.

Conclusion du § 2

En principe donc, et malgré la possibilité qu'ont les autorités sectorielles d'adopter des décisions plus souples, le pouvoir de règlement des différends se traduit par le prononcé d'une injonction.

Cependant, la portée de cette injonction diffère dans les deux pays. La portée de l'injonction face à la liberté contractuelle met en effet en évidence une différence notable. Alors que les juges français ont nettement affirmé que le pouvoir de l'autorité administrative était limité par

person is given the power to levy charges, if that person charges excessively, then the excess is recoverable at the instance of the person who has overpaid: see, for instance, *Corporation of Stamford v Pawlett* (1830) 1 C & J 57 at 80-81, 148 ER 1334 » (*British Telecommunications Plc v Office of Communications* [2011] CAT 5, spéc. §338(3)).

²⁰⁶⁶ V. Article 190(2)(a) du Communications Act de 2003 : « to make a declaration setting out the rights and obligations of the parties to the dispute ».

²⁰⁶⁷ V. « A determination made by OFCOM for resolving a dispute referred or referred back to them under this Chapter binds all the parties to the dispute ». Il est bien précisé à la lecture de la loi que la déclaration en question fait partie des décisions (*determination*) que prend Ofcom pour résoudre le différend mais elle se distingue du pouvoir d'injonction (*direction*).

la liberté contractuelle (l'autorité sectorielle ne peut forcer à contracter, son pouvoir se limite à forcer à faire une offre), la loi anglaise confère un pouvoir plus grand, dans certains cas, puisque Ofcom, à la différence de l'A.R.C.E.P., peut forcer à contracter. D'une manière générale, les juges anglais n'ont pas été amenés à contrôler l'atteinte aux libertés publiques que ce pouvoir génère.

Conclusion de la Section 3

Malgré des hésitations, la décision de règlement des différends s'affirme comme une décision administrative d'injonction.

Des hésitations sur la nature administrative de cet acte ont pu être exprimées. Les juges anglais, aux prises avec une décision de règlement des différends, ont refusé la qualification d'acte administratif susceptible d'un recours en *judicial review*. La source du pouvoir de l'autorité d'alors (dans l'autorisation et non dans la loi) jointe au caractère plus approprié au cas particulier du recours de droit privé ont pu influencer les juges en ce sens. Néanmoins, étant donné les critères de l'acte administratif en droit anglais, il ne fait aucun doute que cet acte peut aujourd'hui être considéré comme un acte administratif. Le débat que cette décision peut susciter n'a d'ailleurs plus d'intérêt qu'historique, le législateur étant intervenu pour d'abord, consacrer ce pouvoir de règlement des différends et, ensuite, mettre en place des recours appropriés.

Cet acte administratif est, de surcroît, une injonction. Les textes affirment clairement cette qualification. Mais c'est surtout la portée de cette qualification qui importe pour la comparaison. Les juges français ont été, en comparaison avec le juge anglais, très sensibles au contrôle de ce pouvoir d'injonction. Il s'agit d'un pouvoir plus limité en France qu'au Royaume-Uni. Par exemple, l'injonction ne peut en France que consister en un devoir de faire une offre, alors qu'en Angleterre, la loi permet à l'autorité administrative d'émettre une injonction de contracter, ce qu'exclut le juge français. Concernant le droit de propriété et la liberté tarifaire, la jurisprudence française n'a pas mis d'obstacle au pouvoir d'injonction, en tout cas elle n'y a pas vu d'atteinte prohibée.

Il reste à présent à analyser les raisons de l'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme à cette procédure.

Section 4 — Réflexions sur l'application de l'article 6 § 1 au pouvoir de règlement des différends ?

624. Normalement la question de l'applicabilité des protections que la Convention européenne accorde au titre du respect du procès équitable aurait dû être étudiée à l'occasion de l'étude d'un des critères de la notion. L'article 6 § 1 établit clairement qu'il ne s'applique que si un tribunal est doté par la loi du pouvoir de décider des « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale » dirigé contre un citoyen. Les critères d'application sont donc bien identifiés et ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante tant de la Cour européenne que des juges internes. Lorsqu'ils sont face à une décision, ils vont rechercher si les différents critères de cet article s'appliquent, c'est en tout cas ce qui s'est passé pour les sanctions administratives qui se sont vues reconnaître la protection de la matière pénale au sens de la Convention.

Pourtant, en droit français l'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'est imposée sans que l'on sache pourquoi.

En droit français, les protections de l'article 6 § 1 s'appliquent, sans que les juges n'explicitent cela, pour voir ensuite s'il y aurait, dans la jurisprudence de Strasbourg, un soutien à cette position. Cette question n'a, en revanche, pas été jugée au Royaume-Uni.

§ 1 — L'application de l'article 6 § 1

Mais il faut d'abord constater que l'article 6 § 1 s'applique, en France, au stade de l'instance devant l'autorité de règlement des différends.

625. D'abord, certaines autorités sectorielles l'ont appliqué spontanément, c'est bien ce qu'un membre de l'une de ces instances constate : « Sans qu'aucun texte ne le lui impose, la Commission de régulation de l'énergie a mis ses pas dans ceux de l'Autorité de régulation des télécommunications, et a adopté une procédure conforme aux canons jurisprudentiels dégagés par l'ordre judiciaire pour mettre en œuvre l'interprétation française de l'article 6, paragraphe 1 »²⁰⁶⁸.

626. Cette évolution est conforme à la volonté du législateur français, bien exprimée dans le rapport Gélard et que l'on voit à l'œuvre dans la mise en place du CoRDiS — l'organe contentieux de la Commission de régulation de l'énergie —, même s'il est difficile dans ce dernier cas de voir si la séparation fut exigée par le pouvoir de sanction ou par celui de règlement des litiges²⁰⁶⁹. De toute manière, comme le dit le rapport, « Les Autorités doivent

²⁰⁶⁸ V. T. Tuot, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », R.F.D.A., 2003, p. 312.

²⁰⁶⁹ V. Rapport de la Commission de régulation de l'énergie, Rapport d'activité, juin 2008, p. 10 : « Un Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) distinct du collège des commissaires a été créé par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie. Sa création résulte d'un amendement proposé par la commission des affaires économiques du Sénat. Les travaux de cette commission ont fait apparaître, reprenant un rapport du sénateur Patrice Gélard, que la CRE, en ne dissociant pas les fonctions de réglementation, d'instruction et de mise en œuvre des procédures de sanctions, risquait de contrevenir aux exigences de procès

donner à voir leur impartialité lorsqu'elles exercent des pouvoirs en « matière pénale » ou en « matière civile »²⁰⁷⁰.

627. De surcroît, le juge judiciaire, sans expliciter cette solution, considère que l'article 6 § 1 est applicable à cette procédure. Jean-Philippe Kovar note à cet égard que « la cour d'appel de Paris fait entrer dans le champ du procès équitable les procédures de règlement des différends devant l'Arcep »²⁰⁷¹.

La position des juridictions judiciaires est loin d'être claire, et les formules utilisées pleines d'ambiguïté comme le relève Laurent Richer²⁰⁷².

628. La Cour d'appel de Paris accepte implicitement, dans une motivation peu assurée, l'applicabilité de l'article 6 § 1, dans son volet civil : « Considérant que l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décide des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ; Considérant que l'ART déclare qu'il n'est ni contestable ni contesté qu'elle est soumise à l'obligation d'impartialité »²⁰⁷³. Concernant cette fois la Commission de régulation de l'énergie, la Cour estime que « EDF ne justifie pas avoir été privée du droit à un procès équitable étant observé que la Commission statuant en matière de régulation n'est pas une juridiction et que l'effectivité du droit réclamé est assurée par la procédure suivie devant la cour d'appel sur le recours formé à l'encontre de la décision »²⁰⁷⁴. L'article 6 § 1 est donc applicable, mais, conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'existence d'un recours de pleine juridiction devant un tribunal qui possède les qualités exigées par cet article permet de racheter les éventuels défauts de la procédure devant l'autorité administrative²⁰⁷⁵.

équitable de l'article 6 de la CEDH et notamment aux principes d'indépendance et d'impartialité du premier paragraphe ».

²⁰⁷⁰ V. Rapport Gélard, préc., n°9.1.11.

²⁰⁷¹ J.-P. Kovar, « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 3, Mai 2010, dossier 19, n°11. V. le dossier Les autorités de régulation et l'article 6 de la CEDH, sous la direction et coordination de Jean-Philippe Kovar et Jérôme Lasserre Capdeville, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 3, Mai 2010, dossier 17. V. aussi Cass. com., 14 décembre 2010, n° 09-67371, SFR c. Sté France télécom et a.. et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris correspondant du 26 mai 2009, Société Neuf Cégétel c. France Télécom, n° RG 2008-16665 (le moyen est examiné mais irrecevable car soulevé trop tard). V. l'avis de J.-D. Dreyfus, « Règlement des différends Dans le secteur de l'énergie – L'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ? », *A.J.D.A.*, 2011, pp. 1312-1313, spéc. p. 1312.

²⁰⁷² L. Richer, « Electricité : pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie, droit d'accès au réseau et transparence », in *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, préc..

²⁰⁷³ Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 27 Juin 2000, n° RG 2000/02659, SA France Télécom c. Société Télécom Développement.

²⁰⁷⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., n° RG 04/12606, S.A. Électricité de France (É.D.F.) c. Société Pouchon Cogen.

²⁰⁷⁵ V. l'interprétation contraire de Laurent Richer sur ce point : « La formule est ambiguë, mais il faut, semble-t-il, en déduire que, pour la cour, l'article 6 ne s'applique pas à l'autorité administrative exerçant une mission de règlement de différends » (chron. préc.). Ce moyen a été soulevé à l'occasion d'une autre décision de la Cour d'appel mais il fut déclaré irrecevable car « la société Neuf Cegétel ne l'ayant pas présenté dans les formes et délais prescrits par les articles L.36-8, R.11-2 et R.11-3 du code des postes et des communications électroniques, dérogoires aux règles du droit commun de l'appel prévues par le Code de procédure civile » (Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 26 mai 2009, n° RG 2008/16665, Sté Neuf Cegétel c. France Télécom).

629. C'est donc dans son volet civil que l'article 6 § 1 s'appliquerait, en tout cas, c'est ce que semble considérer la Cour d'appel de Paris. La doctrine en donne l'explication : pour Jean-Philippe Kovar « les décisions de règlement des différends concernant, soit l'accès ou l'interconnexion aux réseaux de communications électroniques (CPCE, art. L. 36-8), soit l'accès aux réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, aux ouvrages de transport ou de distribution de gaz naturel, et aux installations de gaz naturel liquéfié ou de stockage de gaz naturel, figurent assurément parmi les décisions relatives à « des contestations sur les droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention »²⁰⁷⁶. De même, le rapport Gélard, affirme « Le règlement des différends appartiendrait à la matière civile » car « les Autorités administratives indépendantes tranchent des litiges à portée patrimoniale, ce qui rencontre la définition de la matière civile, alors l'article 6 est applicable »²⁰⁷⁷.

Les juridictions n'explicitant pas ce point, il est nécessaire d'examiner sa pertinence et étudiant le fondement de cette application.

§ 2 — Le fondement de cette application

630. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg corrobore-t-elle cette affirmation ? Il convient de noter tout d'abord que le critère organique n'est pas déterminant pour l'application des garanties assurées par l'article 6 § 1. Ce critère occupe en effet « une place pour le moins secondaire dans la jurisprudence »²⁰⁷⁸ de la Cour de Strasbourg, à tel point que les mêmes auteurs le jugent « inopérant »²⁰⁷⁹. Ce sont donc davantage les critères matériels qui seront déterminants pour la vérification de l'applicabilité de l'article 6 § 1. Étant entendu que la matière pénale n'est pas ici en cause, les autorités de règlements des différends tranchent-elles des « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » ? Trois critères doivent donc être réunis pour que l'article 6 § 1 s'applique. Il faut que l'on soit en présence d'une contestation, portant sur des droits et obligations à caractère civil.

631. Or, la Cour a constamment affirmé que la notion de contestations sur des droits et obligations de caractère civil englobe tout le droit privé. Aussi le contentieux privé est-il un domaine où l'applicabilité du droit à un procès équitable est « traditionnelle et légitime »²⁰⁸⁰. Le règlement des différends devant les autorités sectorielles étant très proche du contentieux privé, mettant en présence des personnes privées, il semble normal que l'article 6 § 1 s'applique. Mais il faut aller plus loin dans l'analyse et voir dans quelles mesures les critères d'applicabilité de l'article sont ici vérifiés.

²⁰⁷⁶ V. ²⁰⁷⁶ J.-P. Kovar, « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 3, Mai 2010, dossier 19, n°11.

²⁰⁷⁷ V. Rapport Gélard, tome 2, préc., n°9.1.9.

²⁰⁷⁸ V. F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 209 ; L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 57, 2006, n°437.

²⁰⁷⁹ V. F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 209.

²⁰⁸⁰ V. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme : contentieux européen*, LGDJ, Coll. Manuels, 4^e éd., 2010, p. 249, n°269.

632. D'une part, la Cour donne à la notion de contestation un sens matériel, mais, en tout état de cause, comme l'explique Frédéric Sudre, l'issue de la contestation doit être « directement déterminante pour le droit en question »²⁰⁸¹, sur son existence ou sur son étendue. Il faut que la contestation ait un lien direct avec le droit invoqué. La Cour a donc jugé par exemple que le refus du renouvellement d'une autorisation pour exploiter une centrale nucléaire ne donne pas lieu à une contestation portant sur les droits invoqués (protection de la vie, de l'intégrité physique et de la propriété)²⁰⁸².

633. D'autre part, la contestation doit porter sur des droits de caractère civil, la Cour ayant une conception large et autonome de ces notions, qui ne dépendent pas des qualifications du droit national. La Cour a plusieurs fois affirmé que le critère essentiel d'applicabilité du volet civil de l'article 6 § 1 est la mise en cause d'un droit de nature patrimonial²⁰⁸³ (sauf pour le contentieux de la fonction publique).

634. Le règlement des différends devant les autorités sectorielles, comme le remarquent la doctrine et les juges, correspond bien à la description que la Cour de Strasbourg donne de la contestation sur des droits et obligations à caractère civil. Le prononcé d'une injonction au terme de la procédure manifeste que l'issue de l'instance est directement déterminante sur les droits et obligations des parties en questions. Lesquels ?

635. La décision de règlement des différends a d'abord une conséquence sur l'exercice du droit de propriété, comme il a été montré précédemment. Il limite les prérogatives traditionnelles du propriétaire et emporte une mise à disposition de ses biens à un tiers. Ensuite, il n'est pas libre de fixer librement le prix qu'il entend pratiquer pour l'usage de ses biens, ce qui a une conséquence patrimoniale directe. De surcroît, comme l'affirme Jean-François Flaus²⁰⁸⁴, la Cour est « allée jusqu'à assimiler certains droits contractuels à des biens ». Et, le « droit au respect de leur bien au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, [est un] droit de caractère « civil » par excellence »²⁰⁸⁵. C'est donc aussi par l'intermédiaire de l'articulation entre l'article 6 § 1 et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 sur la protection des biens que les garanties de la Convention pourront intervenir. Cette protection s'applique à toutes les atteintes à la substance du droit de propriété²⁰⁸⁶, que celles-ci se manifestent par une privation de propriété ou par la réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. Concernant cette dernière notion, la Cour a précisé qu'il fallait l'entendre comme une « mesure qui,

²⁰⁸¹ V. F. Sudre, Droit à un procès équitable, in *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526 : convention européenne des droits de l'homme, n°14. V. aussi *Droit processuel*, préc., n° 88.

²⁰⁸² C.E.D.H., 6 avril 2000, *Athanassoglou c/ Suisse*, R.T.D.H. 2000, p. 533, note P. Lambert, cité par F. Sudre, *op. préc.*, n°14.

²⁰⁸³ V. F. Sudre, Droit à un procès équitable », in *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526 : convention européenne des droits de l'homme, n° 21. L'auteur cite les décisions suiv. : C.E.D.H., 26 mars 1992, *Éditions Périscope c/ France*, § 40 : A 234-B ; JCP G 1993, I, 3654, chron. F. Sudre ; C.E.D.H., Gr. Ch., 12 févr. 2004, *Perez c/ France* : JCP G 2004, I, 165, chron. F. Sudre ; C.E.D.H., 25 nov. 1994, *Ortenberg*, § 28 : A 295-B ; C.E.D.H., 28 sept. 1995, *Procola*, § 39 : A 326 ; RFD adm. 1996, p. 677, note J.-L. Autin et F. Sudre.

²⁰⁸⁴ V. C.E.D.H., 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c/ Autriche* du, req. n° 10522/83, 11011/84, 11070/84, RTDH 1990. 387. V. aussi le raisonnement de M. Guyomar dans ses conclusions sous l'arrêt Tribunal des conflits, 13 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres c/ Electricité de France*, n° 3800, A.J.D.A., 2011, spéc. p. 442 : « il résulte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qu'un cocontractant dispose, en cette qualité, d'une créance, à l'égard de l'autre partie au contrat, qui constitue un bien au sens de l'article 1er du protocole n° 1 ».

²⁰⁸⁵ V. C.E.D.H., 4 février 2003, *Épx Goletto c/ France*, § 12.

²⁰⁸⁶ V. F. Sudre, Fasc. 6523 : Convention européenne des droits de l'homme, Droit de propriété et droit à la non-discrimination, n°28.

n'emportant pas transfert de la propriété, vise à « limiter ou contrôler » l'usage de la propriété »²⁰⁸⁷, ce qui est bien le cas du règlement des différends.

C'est donc notamment au titre de la protection des biens que la procédure de règlement des différends est soumise aux protections de la Convention. Mais certains auteurs vont jusqu'à affirmer que l'ensemble des droits et obligations qui lient les individus entre eux tombe dans cette catégorie des droits et obligations de caractère civil. Aussi serait-ce de même à ce niveau que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'applique²⁰⁸⁸.

Toutefois, ces protections ne doivent pas obligatoirement s'appliquer dès l'instance devant l'autorité sectorielle, l'existence d'un recours de pleine juridiction devant un tribunal respectant les garanties du procès équitable pouvant racheter les éventuels défauts de celle-ci.

Conclusion de la Section 4

Cette étude s'est intéressée aux raisons permettant d'expliquer l'application du droit au procès équitable à la procédure de règlement des différends, ce que les juges n'ont pas fait, tout en considérant que le moyen tiré d'une atteinte à ce droit était recevable. C'est, semble-t-il, le droit à la protection des biens qui pourrait permettre, dans le cadre de la Convention, de justifier l'application des protections issues de l'article 6 § 1.

Mais, peut-être plus fondamentalement, les juges ont-ils l'impression que le règlement des différends se substituant à l'office du juge civil doit obéir aux mêmes règles ? L'idée d'un « droit commun du procès »²⁰⁸⁹ est probablement à l'œuvre ici.

Conclusion du chapitre 1

636. Le règlement des différends devant les autorités sectorielles peut donc être défini comme le règlement d'un différend relatif à l'accès qui se traduit par l'émission d'une injonction, qui est une décision administrative.

637. Cette définition a permis, en affirmant les contours de cette procédure, d'écarter les assimilations trop rapides avec l'arbitrage par exemple. Elle a aussi permis de montrer à quel point la notion d'accès était devenue aujourd'hui une notion essentielle qui irrigue le droit commun sous les deux espèces des droits de l'homme et du droit de la concurrence.

638. Cette définition a permis aussi de mettre en évidence des différences entre les deux pays dans la portée du pouvoir d'injonction des autorités sectorielles, illustrant ainsi l'affirmation d'Emmanuel Jeuland selon laquelle « l'intérêt de la comparaison grandit avec l'étendue des différences »²⁰⁹⁰. Les juges français, dans le silence des textes, ont restreint la portée du pouvoir de l'autorité sectorielle : celle-ci ne peut forcer à contracter, elle ne peut que forcer à faire une offre. Au Royaume-Uni en revanche, le législateur confère expressément à l'autorité

²⁰⁸⁷ V. F. Sudre, Fasc. 6523 : Convention européenne des droits de l'homme, Droit de propriété et droit à la non-discrimination, n°53.

²⁰⁸⁸ V. Human Rights Law & Practice, préc., n° 4.6.9.

²⁰⁸⁹ V. L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, Théorie générale du procès, préc., p.12.

²⁰⁹⁰ V. E. Jeuland, Droit processuel : une science de la reconstruction des liens de droit, LGDJ, Coll. Manuel, 2007, p. 12 ; L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, Théorie générale du procès, préc., p.12.

en charge de l'audiovisuel et des communications électroniques, Ofcom, le pouvoir de forcer à contracter.

639. L'étude de l'inscription du pouvoir d'injonction à l'intérieur de l'espace des libertés publiques manifeste une différence notable entre les deux pays. Le respect des droits et libertés (droit de propriété, liberté tarifaire, liberté contractuelle) est très rarement invoqué par les requérants et, quand il l'est, il est rejeté par les juges. Cette différence s'explique peut-être par la précision des lois anglaises. Le législateur a établi clairement l'étendue des pouvoirs de l'autorité administrative.

La comparaison a toutefois souffert du manque de données disponibles sur ce sujet en droit anglais en raison, notamment, de la non-publication des décisions d'irrecevabilité des autorités sectorielles. Ceci empêche de comprendre la manière dont l'autorité interprète sa compétence et les critères qu'elle applique.

Après l'analyse de la fonction de règlement des différends, il faut procéder au détail des décisions mettant en œuvre les pouvoirs de nature coercitive des autorités sectorielles.

CHAPITRE II — LA FONCTION COERCITIVE

Une dichotomie fondamentale dans la fonction contentieuse des autorités de régulation sépare les fonctions dont l'autorité sectorielle a l'initiative de celles pour lesquelles elle doit être saisie par une partie. Ainsi, le règlement des différends ne peut être mis en œuvre qu'à la demande d'une partie.

Au contraire, pour l'ensemble des fonctions coercitives, les autorités administratives en possèdent la maîtrise. Que faut-il entendre par fonction coercitive ?

Ce terme permet d'embrasser toute l'échelle des fonctions contentieuses qui impliquent la mise en œuvre d'une forme de contrainte juridique par l'autorité administrative, que celle-ci soit de nature purement répressive ou, encore, que celle-ci soit de nature correctrice. Nelly Ferreira relève à juste titre que si cette notion n'a pas un contenu facilement saisissable²⁰⁹¹, elle doit néanmoins être replacée dans le cadre des fonctions d'exécution des normes dont « la coercition n'est que l'ultime maillon »²⁰⁹². Il s'agit d'une « technique extrême et extérieure de réalisation juridique »²⁰⁹³. Cet auteur retient une définition de la coercition comme usage de la force, de la contrainte matérielle ou physique²⁰⁹⁴. Mais, « les mots, dit Claude Lévi-Strauss, sont des instruments que chacun de nous est libre d'appliquer à l'usage qu'il souhaite, à condition qu'il s'explique sur ses intentions »²⁰⁹⁵.

C'est dans un sens plus large que ce terme sera utilisé pour rassembler derrière lui, avec Gérard Cornu, « l'ensemble des moyens de pression destinés à obtenir par intimidation l'exécution d'une obligation »²⁰⁹⁶. La fonction coercitive, dans le cadre de cette étude, sera donc définie comme l'ensemble des actes d'exécution visant à vaincre les obstacles à la réalisation de l'ensemble des obligations juridiques édictés dans les secteurs étudiés. Pour cela, les autorités sectorielles disposent de deux types d'actes : des actes purement répressifs, qui infligent une peine pour sanctionner un manquement, et des actes correctifs dont l'objet est d'assurer la conformité des comportements aux règles.

À ce stade, une difficulté supplémentaire apparaît, qui résulte du champ des fonctions étudiées. En effet, le fait que le champ de l'étude dépasse le cadre strict de l'application du droit de l'Union européenne induit nécessairement une dualité de régime. L'exécution du droit de l'Union européenne obéit en effet à des règles particulières, que la Cour de justice a particulièrement mises en relief. Les sanctions de l'inexécution du droit de l'Union européenne prévues en droit interne doivent être, selon une jurisprudence constante, non-discriminatoires (c'est-à-dire qu'elles doivent avoir un effet équivalent aux mesures nationales) effectives, proportionnées et dissuasives²⁰⁹⁷. Aussi, le régime des sanctions administratives par exemple sera-t-il dual en fonction de ses sources. Par conséquent, la construction des notions devra prendre en considération la source du droit en question.

²⁰⁹¹ V. N. Ferreira, *La coercition en droit public français*, Thèse dactyl., Paris 1, 2000, p. 9

²⁰⁹² V. N. Ferreira, *La coercition en droit public français*, préc., p. 124.

²⁰⁹³ V. N. Ferreira, *La coercition en droit public français*, préc., p. 124.

²⁰⁹⁴ V. N. Ferreira, *La coercition en droit public français*, préc., p. 177.

²⁰⁹⁵ V. Cl. Lévi-Strauss, cité par F. Braudel, *Grammaire des civilisations*, Flammarion, Champs Histoire, 1993, p. 41

²⁰⁹⁶ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., entrée : « Coercition ».

²⁰⁹⁷ V. sur ce point R. de Lange, J.H. Jans, S. Prechal, R. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, pp. 206 suiv..

Il s'agit d'une illustration de la complexité normative grandissante qui affecte l'ordre juridique européen. Pour ne prendre que l'exemple des sanctions administratives, leur régime dépend du droit constitutionnel — quand il existe —, du droit administratif de l'État membre en question, mais aussi, au niveau externe des droits de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et enfin de celui de l'Union européenne. La construction des notions doit donc prendre en compte l'ensemble de ces éléments.

Après l'analyse de la répression administrative, il faudra s'attacher à celle des injonctions.

*

Section 1 – La répression administrative

Section 2 – Les injonctions

Section 1 — *La répression administrative*

On verra ici successivement que les autorités sectorielles sont dotées d'un pouvoir de sanction administrative (§1), accompagné, dans certains cas, du pouvoir de recourir à des alternatives à la répression, les engagements (§2).

*

§1 — Le cœur de la répression : Les sanctions administratives

§2 – Les alternatives à la répression : Les engagements

*

§ 1 — Le cœur de la répression : Les sanctions administratives

La détermination de la notion de sanction administrative en droit anglais et français impose en premier lieu de rechercher les éléments qui pourraient permettre d'adopter une définition acceptable de la notion pour les deux systèmes juridiques étudiés (I). La recherche de ces éléments amènera à s'interroger sur l'existence de définitions en doctrine (A), dans la jurisprudence (B) ou encore dans la loi (C). Après cette étape, un exposé des différents critères de la sanction administrative s'imposera, critères dont la réunion aura pour conséquence l'application par le juge de garanties procédurales (II).

I — Éléments pour une définition de la sanction administrative en droit anglais et français

Trois voies seront explorées l'une après l'autre pour rechercher l'existence d'une notion de sanction administrative. On cherchera d'abord dans la doctrine (A), puis dans la jurisprudence (B) et enfin dans la loi (C) l'existence d'une telle notion.

A — Les définitions doctrinales disponibles

640. En droit français, la définition de la sanction administrative est assez bien élaborée, contrairement à ce qu'affirment le Conseil d'État²⁰⁹⁸ et certains auteurs²⁰⁹⁹. À part les auteurs

²⁰⁹⁸ V. cette affirmation : « La notion de sanction administrative compte parmi les moins assurés du droit administratif, alors qu'elle conditionne aujourd'hui l'application d'un régime juridique spécifique » (Conseil d'État, « Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », Les études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1995, spéc. p. 35).

²⁰⁹⁹ V. M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », A.J.D.A. 2007 p. 1006.

qui intègrent à la répression administrative les sanctions des juridictions administratives²¹⁰⁰, la doctrine²¹⁰¹ s'entend pour définir la sanction administrative comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements »²¹⁰². C'est la définition stricte de la notion²¹⁰³. C'est essentiellement la jurisprudence constitutionnelle, puis celle de la Cour de Strasbourg qui ont permis de stabiliser la définition en en faisant bien un acte administratif doté de caractères particuliers, soumis à un régime juridique spécifique. L'identification de la notion de sanction administrative en droit français obéit donc à quatre critères : l'existence d'un acte administratif, qui inflige une peine, sanctionnant un manquement aux lois et règlements avec une finalité répressive.

641. En droit anglais, la notion de sanction administrative n'a suscité de curiosité que récemment ; pourtant, dès 1986 un rapport s'y intéresse et étudie même les systèmes étrangers, sans tenter de définition²¹⁰⁴. Pourtant, cette notion est reçue et travaillée dans d'autres pays de *common law*. Elle est ainsi consacrée depuis 1911 aux États-Unis²¹⁰⁵. Pour la doctrine juridique américaine, la sanction administrative est bien une décision administrative qui inflige une peine²¹⁰⁶. Le Canada a aussi précisément travaillé cette notion, dans le cadre

²¹⁰⁰ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., §82 (« Est une sanction administrative et manifeste une répression administrative toute mesure individuelle émanant d'une autorité administrative juridictionnelle ou active, qui, par ses circonstances et indépendamment de la qualification qui lui est donnée par la loi, manifeste une intention de punir une personne considérée comme coupable pour s'être comportée d'une façon incompatible avec les exigences d'une mission poursuivie par une institution administrative ») ; M. Lefondré, Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, préc., tome 1, p. 124-125 ; G. Champagne, Les sanctions de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique, Thèse, Poitiers, tome 1, p. 77 ; M. Rougevin-Baville, La sanction en matière administrative dans le droit français, Association des Conseils d'État et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne, Rapport français, 3^e colloque de Bruxelles sur Les sanctions en matière administrative, 1972, p. 260 mais p. 273 il retient une définition restrictive, limitée aux sanctions prononcées par un administrateur actif.

²¹⁰¹ V. Cl.-A. Colliard, La sanction administrative, Annales de la faculté de droit d'Aix, 1943, p. 4 (« C'est essentiellement un acte administratif à portée individuelle employé pour une fin répressive ») ; G. Morange, note au D. 1945, p. 228 (la sanction administrative émane pour lui d'un administrateur actif) ; P. Carlier, Recherches sur les sanctions administratives, 1945 ; J.-P. Munch, La sanction administrative, Thèse, Paris, 1947 (« on appelle sanction administrative toute décision exécutoire prise comme sanction prononcée par un administrateur actif contre toute personne qui n'est pas soumise à son pouvoir disciplinaire et réprimant soit un fait précis prévu par les textes, soit un comportement général jugé contraire à l'intérêt public ») ; M. Ghenima, Les sanctions administratives en dehors de la fonction publique, Thèse, Bordeaux, 1955 ; M. Delmas-Marty, C. Teigen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, Paris, Economica ; P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., n°541, p. 319 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, pp. 498-499 ; R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n°1354 ; H.-G. Hubrecht, « La notion de sanction administrative », in « Les sanctions administratives – Formes nouvelles de l'action administrative et séparation des pouvoirs », Les Petites Affiches, n° spéc., n° 8, 17 janvier 1990, pp. 6 suiv. ; R. Doare, Les sanctions administratives (Contribution à l'étude du renouveau de la répression administrative), Thèse, Rennes 1, 1994 ; H.-M. Crucis, Sanctions administratives, JurisClasseur Administratif, Fasc. 108-40, §1.

²¹⁰² V. Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions, Conseil d'État, E.D.C.E., 1994, pp. 35-36.

²¹⁰³ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 184, 1997, p. 10, n°19.

²¹⁰⁴ V. « Breaking the rules », A report by Justice, Chairman, Paul Sieghart, 1986, p. 40.

²¹⁰⁵ V. C'est en 1911, dans l'arrêt *United States v Grimaud* que la Cour suprême a accepté le principe des sanctions administratives (220 US 506). Le Congrès peut ainsi conférer un pouvoir de sanction à une autorité autre que les tribunaux.

²¹⁰⁶ V. Lillian R. Altree, « Administrative Sanctions: Regulation and Adjudication », *Stanford Law Review*, Vol. 16, No. 3 (May, 1964), pp. 630-648 : « Administrative adjudication, characterized by the exercise of a significant degree of discretion due to the inherent difficulty of ascertaining the specific standards of conduct

d'une réflexion plus large, commune d'ailleurs de nombreux systèmes juridiques, sur les alternatives au droit pénal. Le monde occidental ayant connu une forte augmentation des infractions pénalement sanctionnées, la réflexion s'est engagée à partir des années 1980 sur les voies alternatives à la répression pénale et c'est dans ce cadre qu'émerge la réflexion sur la répression administrative. En 1981, la Commission canadienne pour la réforme du droit constate ainsi en 1981 que la notion de sanction administrative est inconnue des juristes²¹⁰⁷ et qu'elle manifeste une incertitude conceptuelle certaine. La définition qu'elle adopta utilisait trois critères : une action administrative autorisée par la loi, dans le but d'atteindre la conformité au droit et perçue par son destinataire comme affectant ses intérêts²¹⁰⁸.

642. Si les grands auteurs du droit administratif anglais n'ont pas travaillé la notion, elle a néanmoins attiré toute l'attention du Rapport Macrory²¹⁰⁹, plutôt dans une optique politique que juridique d'ailleurs. L'objet de ce rapport est moins la connaissance de la notion que l'affirmation de principes de bonne pratique devant présider à l'exercice de la répression administrative. Richard Macrory ne tente pas une définition des sanctions administratives. John McEldowney remarque ainsi que « l'utilisation de sanctions pour les manquements aux règlements administratifs ou aux obligations légales est un champ d'études en développement au Royaume-Uni »²¹¹⁰. Et il ajoute « il n'y a pas de définition générale de ce qu'est une sanction administrative »²¹¹¹. Certaines études sectorielles (dans le domaine environnemental²¹¹² ou du jeu²¹¹³ par exemple), consacrent en tant que tel la notion d'« *administrative sanction* » et étudient son régime. Carolyn Abbot définit ainsi la sanction administrative de manière négative : le fait que cette décision n'est pas imposée en recourant aux tribunaux²¹¹⁴. Mais le centre du raisonnement tourne autour du niveau de sanction optimal

dictated by the public interest, is the means by which administrative sanctions are imposed and regulatory policy brought directly to bear upon individuals ». Cet auteur identifie trois éléments inhérents à la sanction administrative : un aspect pénal, un aspect correctif (rétablir une situation conforme au droit), et un aspect administratif (elle dit « regulatory ») qui a pour but de prévenir les futurs déviations (« shape future conduct »). V. aussi F. H. Thomforde Jr, « Controlling Administrative Sanctions », 74 Mich. L. Rev. 710 (1975-1976).

²¹⁰⁷ V. Law Reform Commission of Canada, « Sanctions, Compliance Policy and Administrative Law », prepared by Howard R. Eddy, 1981, spéc. pp. 11 suiv.. V. aussi l'étude australienne : Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95), spéc. § 2.64 : « Administrative penalties' in Australian federal law are broadly understood as being sanctions imposed by the regulator, or by the regulator's enforcement of legislation, without intervention by a court or tribunal. The term is, however, widely used, or misused, to include processes that are themselves not penalties or administrative ».

²¹⁰⁸ « Sanctions, Compliance Policy and Administrative Law », Rapport préc., pp. 30-31. « The working definition contains three elements : administrative action authorized by law, taken to achieve client compliance with policy, perceived by the client as significantly affecting his interests ».

²¹⁰⁹ V. Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, Final Report, November 2006.

²¹¹⁰ V. J. McEldowney, « Report on Administrative Sanctions in the United Kingdom », (non encore publié), p. 1.

²¹¹¹ J. McEldowney, « Report on Administrative Sanctions in the United Kingdom », (non encore publié), p. 3.

²¹¹² V. C. Abbot, Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2009, spéc. chap. 8 intitulé « Administrative and Deterrence Sanctions ».

²¹¹³ D. Miers, Regulating Commercial Gambling - Past, Present, and Future, Oxford, Oxford University Press, 2004, spéc. p. 352, p. 480.

²¹¹⁴ V. « Equally important in the regulatory enforcement arsenal are formal administratively-imposed sanctions, named as such by virtue of the fact that they can be utilised without recourse to a judicial body » (p. 217).

et non de la définition. La réflexion des juristes est ainsi centrée sur des questions d'opportunité : quel outil utiliser, la voie pénale ou la voie criminelle²¹¹⁵ ?

En réalité, la doctrine semble préférer le terme « *civil sanction* » à celui d'« *administrative sanction* »²¹¹⁶, mais il désigne en fait la même réalité, tout en n'étant pas, de l'aveu même des auteurs, dénué de toute ambiguïté. La démarche de Karen Yeung est à cet égard un bon exemple puisqu'elle désigne sous le terme de « sanctions civiles », les sanctions qui sont imposées par les autorités de concurrence par exemple²¹¹⁷. Mais on peut trouver d'autres exemples dans la doctrine de telles confusions²¹¹⁸. Aux États-Unis, cette confusion résulte du Bill of Rights qui fait une dichotomie entre les sanctions pénales et les sanctions civiles, les dernières requérant des éléments de preuve moins importants²¹¹⁹. La distinction civil/pénal en droit constitutionnel américain est une distinction matérielle. La Cour suprême a donc pu reconnaître le caractère pénal d'une mesure prise par une Administration²¹²⁰, afin que les accusés bénéficient des protections constitutionnelles appropriées.

643. Implicitement, mais nécessairement, et même lorsqu'elle emploie le terme « *civil sanction* », la doctrine reconnaît deux éléments de la sanction administrative : son critère organique et son critère matériel, le prononcé d'une peine puisqu'il traite la répression administrative comme une alternative à la répression pénale.

644. La notion de sanction administrative est donc incertaine et fuyante dans les réflexions doctrinales au Royaume-Uni, ce qui contraste avec la position française qui a accordé beaucoup plus d'attention à cette notion et depuis plus longtemps. Son caractère incertain

²¹¹⁵ V. par ex. R. Brown, M. Rankin, « Persuasion, Penalties and Prosecution: Administrative v Criminal Sanctions » 346, in ML Friedland (ed), *Securing Compliance: Seven Case Studies* (Toronto, University of Toronto Press, 1990).

²¹¹⁶ V. par ex. A. Ogus, C. Abbot, « Sanctions for Pollution: Do We Have The Right Regime? », *J Environmental Law* (2002) 14(3), pp. 283-298 ; R. Macrory, « Reforming Regulatory Sanctions—Designing a Systemic Approach », in *The Regulatory State Constitutional Implications*, D. Oliver, T. Prosser, R. Rawlings (ed.), O.U.P., 2011, spéc. p. 234.

²¹¹⁷ V. K. Yeung, *Securing compliance: a principled approach*, Oxford, Hart Pub., 2004, pp. 125 suiv., spéc. p. 127, où l'ambiguïté est à son comble lorsqu'elle assimile la dichotomie de *common law* avec celle de l'article 6 §1 de la Convention européenne qui a bien sûr un sens autonome.

²¹¹⁸ V. par ex. dans la doctrine américaine : K. Mann, « Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal and Civil Law », 101 *Yale L.J.* 1849 (1991-1992), spéc. p. 1849 (où l'on comprend qu'il s'agit bien de sanctions prononcées par des autorités administratives : « The growth of the administrative state has played a central role in the increased use of punitive civil sanctions. Its expansion has developed along two lines: (1) the congressional decision to provide for punitive civil sanctions initiated by an administrative agency rather than for criminal prosecution, and (2) the increasingly frequent use of administrative as opposed to judicial assessment of civil penalties. Both aspects are part of the general trend toward lowering procedural barriers to the imposition of sanctions: any civil process is less burdensome than the criminal process, and administrative assessment is less burdensome than judicial assessment »). V. aussi A. X. Fellmeth, « Civil and Criminal Sanctions in the Constitution and Courts » 94 *Geo. L.J.* 1 (2005-2006), spéc. p. 8 (« The practice of imposing "civil penalties" in the burgeoning field of administrative law, for example, which began causing concerns at least thirty years ago, has become an ubiquitous tool of government regulation ».).

²¹¹⁹ V. A. X. Fellmeth, « Civil and Criminal Sanctions in the Constitution and Courts », préc., p. 9 : « the most important are the Fifth and Fourteenth Amendments, which have been interpreted to require an elevated standard of proof ("beyond a reasonable doubt") in criminal cases not applicable in civil cases ("a preponderance of the evidence"). However, nothing in the Constitution defines the terms "civil" or "criminal", and several listed provisions of the Constitution do not clearly specify whether they apply only in criminal cases or in some other class of cases as well ».

²¹²⁰ V. les ex. donnés par A. X. Fellmeth, « Civil and Criminal Sanctions in the Constitution and Courts », préc., p. 10 (l'arrêt *Mendoza-Martinez* où la Cour reconnaît le caractère pénal d'une décision gouvernementale de retrait de la citoyenneté).

tient aussi, et peut-être surtout, à l'angle d'analyse de la doctrine qui s'intéresse davantage aux justifications, aux motifs présidant au choix de tel ou tel mode de répression, plutôt qu'à la définition précise de l'acte juridique. Le contraste est, à cet égard, saisissant avec la doctrine juridique française qui s'intéresse d'abord à la définition de l'acte.

La jurisprudence fournit-elle, dans ces conditions, une voie plus sûre pour accéder à la signification de la notion ?

B — La définition jurisprudentielle

645. La notion est-elle présente dans la jurisprudence administrative ? À titre de première hypothèse, il est possible de se demander si la notion de sanction administrative ne se retrouve pas dans la jurisprudence qui impose dans certains cas, l'observation des principes des droits de la défense et de l'impartialité. C'est d'ailleurs la manière dont s'est construite la notion en droit français, à partir notamment de l'arrêt Dame Veuve Trompier-Gravier du 5 mai 1944 qui érige au rang de principe général du droit les droits de la défense²¹²¹. L'identification de la sanction administrative en droit français entraînait ainsi l'application des droits de la défense. Pour reprendre les termes du commissaire Chenot « lorsqu'une décision administrative prend le caractère d'une sanction et qu'elle porte une atteinte assez grave à une situation individuelle, la jurisprudence exige que l'intéressé ait été mis en mesure de discuter les motifs de la mesure qui le frappe »²¹²².

646. Il y a donc tout lieu de penser que la notion de sanction administrative en *common law*, pourrait se trouver dans la jurisprudence relative aux droits de la défense qui sont en *common law* les principes de *natural justice*. Cette notion confère à l'individu le droit d'être informé des charges retenues contre lui ainsi que celui d'être entendu devant un décideur impartial. Le principe d'impartialité est aussi un principe général du droit qui s'impose à l'Administration²¹²³, mais pas uniquement dans le cadre des droits de la défense, alors qu'il est en Angleterre partie intégrante des principes de *natural justice*.

647. Margherita Rendel confirme le lien intime qui unit historiquement le droit de la sanction et les principes de *natural justice*²¹²⁴. La première affaire qui a donné l'occasion aux juges d'imposer le respect des formes de justice naturelle date en effet de 1615. Le Maire de Plymouth avait retiré sa franchise à un certain James Bagg qui l'avait insulté sans lui avoir donné l'occasion de faire entendre ses arguments²¹²⁵. De même, en 1723, les juges eurent l'occasion de réitérer la même injonction²¹²⁶ : que l'on ne peut prendre une sanction privant un individu de son travail sans au préalable l'avoir entendu.

Si l'on analyse la jurisprudence sur le devoir d'agir conformément aux principes de *natural justice* et de *fairness* on constate que la sanction administrative y est présente, sans être toutefois systématisée par les juges. Ainsi dans l'arrêt *Ridge v Baldwin*, il s'agissait d'une

²¹²¹ V. Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133 : D. 1945.110, concl. Chenot, note de Soto ; Revue du droit public 1944, p. 256, concl. Chenot, note Jèze.

²¹²² V. Revue du droit public 1944, p. 256, concl. Chenot.

²¹²³ V. les dév. sur ce point dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17^e éd., n°104-6 et 7, pp. 766-767.

²¹²⁴ V. M. Rendel, « Natural Justice and Disciplinary Cases in Britain and France », Public Administration, vol. 58, Issue 1, March 1980, pp. 67-86, spéc. p. 69.

²¹²⁵ V. Bagg's Case cité par M. Rendel, « Natural Justice and Disciplinary Cases in Britain and France », note 8.

²¹²⁶ V. R. v University of Cambridge.

sanction disciplinaire à l'encontre d'un policier²¹²⁷. Cet arrêt pose les bases du droit moderne relatif aux protections procédurales. Alors qu'auparavant la jurisprudence s'était engagée dans une tentative byzantine pour distinguer les fonctions administratives, juridictionnelles et quasi juridictionnelles (qui rappelle au juriste français la distinction tout aussi byzantine entre sanctions administratives et mesures de police), l'approche de Lord Reid est ici différente, et, justement, pour Carol Harlow et Richard Rawlings, il va permettre à la Chambre des Lords de se libérer des contraintes conceptuelles antérieures²¹²⁸. L'intérêt de son discours tient aussi au cadre dans lequel il va analyser l'affaire — un cas de poursuite disciplinaire. Il analyse les faits dans le cadre des jurisprudences relatives au licenciement au sens large. Après avoir analysé les jurisprudences relatives au licenciement dans le cadre privé (*master and servant*), il s'intéresse au problème de la révocation des employés de la fonction publique qui ont un emploi à la discrétion du supérieur hiérarchique, pour étudier enfin la jurisprudence relative aux révocations qui nécessitent un motif. Le maître pas plus que le ministre n'ont de motifs à donner pour renvoyer leurs employés. Dans le cas présent, il faut un motif. C'est donc dans le cadre de cette jurisprudence que Lord Reid va baser son analyse. Or, il conclut que toute cette jurisprudence est en faveur du requérant. Il estime ainsi que « le principe général est qu'un homme ne peut être révoqué pour une faute sans avoir été entendu »²¹²⁹. Cette phrase, et c'est important, identifie bien une peine (la révocation), et une faute qui justifient la décision.

648. Ensuite, Lord Reid étudie une autre ligne de cas qui parviennent à la même conclusion portant sur les décisions d'organes administratifs qui affectent de manière négative les droits de propriété ou les privilèges d'individus sans leur donner l'opportunité d'être entendus. Lord Reid étudie successivement les cas de démolition d'immeubles²¹³⁰, d'expulsion²¹³¹, de mesures disciplinaires prises dans le cadre d'une profession²¹³² ou d'un club²¹³³. Dans tous

²¹²⁷ V. *Ridge v Baldwin* [1963] 2 W.L.R. 935. Les arrêts sont abondants qui imposent l'observance des règles de *natural justice* dans le cadre disciplinaire : *R v Leicestershire Fire Authority, ex p Thompson* (1979) 77 LGR 373, DC ; *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Benwell* [1985] QB 554, [1984] 3 All ER 854 ; *Leech v Deputy Governor of Parkhurst Prison* [1988] AC 533, [1988] 1 All ER 485, HL.

²¹²⁸ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 622-623.

²¹²⁹ V. *Ridge v Baldwin* préc., p. 68.

²¹³⁰ V. *Cooper v. Wandsworth Board of Works* 143 E.R. 414. Le bureau responsabilité de la démolition n'aurait pas donné l'opportunité au propriétaire d'être entendu. Les juges décidèrent que le bureau, en privant quelqu'un de sa propriété devait agir de manière juridictionnelle et dès lors donner l'opportunité d'être entendu. *Hopkins and Another v Smethwick Local Board of Health* [1890] L.R. 24 Q.B.D. 712 où les juges, de même, jugèrent que si une instance doit détruire un bâtiment érigé illégalement, elle ne peut le faire qu'après avoir mis son propriétaire en mesure de présenter ses arguments. On remarquera au passage cette affirmation du juge Wills : « In condemning a man to have his house pulled down, a judicial act is as much implied as in fining him £5 ; and as the local board is the only tribunal that can make such an order its act must be a judicial act, and the party to be affected should have a notice given him ».

²¹³¹ V. *James Dunbar Smith v Her Majesty the Queen* (1877-78) L.R. 3 App. Cas. 614 (une enquête de nature juridictionnelle doit être mise en œuvre afin de prouver qu'un locataire a bien abandonné sa résidence) ; *De Verteuil v Knaggs* [1918] A.C. 557 (le gouverneur a le pouvoir d'expulser des immigrants d'une propriété mais il ne peut le faire que selon les formes, en donnant à ces personnes la possibilité d'être entendues).

²¹³² *Wood v Woad and Others* (1873-74) L.R. 9 Ex. 190 (à cette occasion Kelly, C.B. déclara « This rule [le règle *audi alteram partem*] is not confined to the conduct of strictly legal tribunals, but is applicable to every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals ») ; *Lapointe v L'Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montreal* [1906] A.C. 535 (le juge cite encore le juge Kelly et cette phrase).

²¹³³ V. *Fisher v Keane* (1879) L.R. 11 Ch. D. 353 (« The committee of a club, being a quasi-judicial tribunal, are bound, in proceeding under their rules against a member of the club for alleged misconduct, to act according to the ordinary principles of justice, and are not to convict him of an offence warranting his expulsion from the club without giving him due notice of their intention to proceed against him, and affording him an opportunity of

ces jugements, les organes en question, en prenant des décisions qui enfreignent certains droits ou qui infligent une sanction pour punir un comportement, sont réputés être tenus de respecter les règles de *natural justice*.

649. Ce juge explique que ce qui lie l'ensemble des affaires qu'il a étudiées c'est que, dans chaque cas, l'instance était chargée de décider de la manière dont il fallait traiter une personne ce qui, ajoute-t-il, « est quelque chose d'analogue à la tâche d'un juge lorsqu'il impose une sanction »²¹³⁴. Mais ce raisonnement ne peut être étendu aux pouvoirs des ministres lorsque ceux-ci par exemple décident d'une construction d'envergure. C'est la tentative d'étendre ce raisonnement à l'exercice de pouvoirs de nature différente, ainsi que l'influence des législations de guerre qui expliquent la confusion de la jurisprudence. Enfin, explique Lord Reid de manière très convaincante, la dernière confusion vient bien de l'*obiter dictum* de Lord Atkin dans lequel celui-ci affirme « l'exercice des *writs* a été étendu afin de contrôler les procédures d'organes qui ne se réclament pas, et qui ne seraient pas reconnus comme des cours de justice. Lorsqu'un organe doté de l'autorité légale de décider de question affectant les droits des sujets, et ayant le devoir d'agir de manière juridictionnelle, excède son autorité légale, il sera sujet au contrôle du King's Bench Division »²¹³⁵. Pour Lord Reid, cette opinion n'a pas été comprise, et il cite effectivement des arrêts où le devoir d'agir de manière juridictionnelle devient un critère d'identification des instances qui doivent respecter les principes de *natural justice*²¹³⁶. Spécifiquement, une opinion de Lord Hewart semble avoir fait autorité par la suite en affirmant qu'il fallait cette condition supplémentaire (« *a superadded characteristic* ») d'un devoir d'agir de manière juridictionnelle²¹³⁷. Non seulement il faudrait que les instances en question aient reçu de la loi le pouvoir de décider des droits des administrés, mais en plus il faudrait un indice qu'ils soient dans l'obligation d'agir de manière juridictionnelle. Le devoir d'agir de manière juridictionnelle n'est dès lors plus un élément du régime, qu'entraîne nécessairement l'identification d'un organe qui décide

defending or palliating his conduct ») ; *Dawkins v Antrobus* (1881) L.R. 17 Ch. D. 615 (à propos de l'expulsion du membre d'un club, la décision en question n'a pas été prise contrairement aux règles de *natural justice*) ; *Weinberger v. Inglis* [1919] A.C. 606 (le plaignant a eu une occasion d'être entendu, la décision n'est pas illégale).

²¹³⁴ *V. Ridge v Baldwin*, Lord Reid, p. 72.

²¹³⁵ *V. Rex v. Electricity Commissioners, Ex parte London Electricity Joint Committee Co* [1924] 1 K.B. 171; 39 T.L.R. 715, C.A. Traduction libre de : « (...) the operation of the writs [of prohibition and certiorari] has extended to control the proceedings of bodies which do not claim to be, and would not be recognised as, courts of justice. Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority, they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs ».

²¹³⁶ *V. Rex v. Legislative Committee of the Church Assembly Ex parte Haynes-Smith* [1928] 1 K.B. 411 (où Salter J. montre bien la confusion qui s'est installée : « The person or body to whom these writs are to go must be a judicial body in this sense, that it has power to determine and to decide; and the power carries with it, of necessity, the duty to act judicially. I think that the Church Assembly has no such power, and therefore no such duty »).

²¹³⁷ *V. Rex v. Legislative Committee of the Church Assembly Ex parte Haynes-Smith* [1928] 1 K.B. 411 : Dans cette décision Lord Hewart affirme, commentant l'*obiter* de Lord Justice Atkin « The question, therefore, which we have to ask ourselves in this case is whether it is true to say in this matter, either of the Church Assembly as a whole, or of the Legislative Committee of the Church Assembly, that it is a body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially. It is to be observed that in the last sentence which I have quoted from the judgment of Atkin L.J. the word is not 'or,' but 'and'. In order that a body may satisfy the required test it is not enough that it should have legal authority to determine questions affecting the rights of subjects; there must be superadded to that characteristic the further characteristic that the body has the duty to act judicially. The duty to act judicially is an ingredient which, if the test is to be satisfied, must be present ».

des droits des administrés, mais un élément de la notion. Lord Reid voit une contradiction entre cette jurisprudence et la jurisprudence antérieure et, de surcroît, ne voit pas que Lord Atkin ait considéré que le devoir d'agir de manière juridictionnelle soit un critère supplémentaire d'identification de l'organe devant appliquer les principes de *natural justice*.

650. La seule décision qui met Lord Reid mal à l'aise est une décision du Privy Council *Nakkuda Ali v. Jayaratne*²¹³⁸. Cette décision ressemble à s'y méprendre à la jurisprudence souvent byzantine du Conseil d'État sur les retraits d'autorisation (sanction administrative ou acte de police). Ici, les juges considèrent que la décision de retrait d'autorisation n'affecte pas un droit, mais retire un privilège²¹³⁹ et n'est donc pas soumise aux garanties du *natural justice*. Mais il est vrai que le raisonnement des juges est aussi fondé sur ce critère du devoir d'agir de manière juridictionnelle. Comme l'affirme Paul Craig, ce critère est tombé sous les coups de Lord Reid, il est d'ailleurs réprouvé dans la jurisprudence qui suit²¹⁴⁰.

651. L'arrêt ne fournit pas beaucoup d'indications sur les critères d'applicabilité des garanties procédurales. Pour Paul Craig, c'est la nature du pouvoir exercé et son effet sur l'individu concerné qui sont des critères déterminants dans cet arrêt²¹⁴¹. La notion de décision qui affecte les droits des individus est très large, elle comprend naturellement l'exercice d'une sanction.

652. Par conséquent, l'analyse de la jurisprudence sur les garanties procédurales montre que c'est là où se loge le droit anglais de la sanction administrative. Même si le domaine des mesures qui imposent le respect des règles de *natural justice* est plus large que celui des sanctions administratives, il le comprend. Pour reprendre, les termes d'un arrêt ancien, les règles de justice naturelle s'appliquent à « tout tribunal ou groupe de personnes investi de l'autorité de décider sur des sujets ayant des conséquences civiles sur les individus »²¹⁴².

653. Deux critères déclenchent l'application des garanties procédurales : l'atteinte à un droit ou à un intérêt. Concernant le premier, de manière générale, Paul Craig note que « dans l'ère qui suit l'arrêt *Ridge*, les tribunaux ont insisté sur le fait que les garanties procédurales trouveront à s'appliquer aux actions disciplinaires qui ont un impact sur les intérêts liés à la liberté ou qui affectent négativement les individus »²¹⁴³. Concernant le second, les juges ont développé la notion d'intérêt afin de pouvoir étendre les garanties procédurales aux situations dans lesquelles les individus ne possèdent pas de droit substantiel protégé et où pourtant la décision administrative en question affecte leur situation, par exemple dans le domaine des autorisations administratives²¹⁴⁴.

654. Tant du point de vue de l'atteinte à un droit que de l'atteinte à un intérêt la notion de sanction administrative est présente. Pour achever cette analyse, il faut étudier deux arrêts qui

²¹³⁸ *V. Nakkuda Ali v Jayaratne* [1951] A.C. 66.

²¹³⁹ *V. Nakkuda Ali v Jayaratne* [1951] A.C. 66 : « he is taking executive action to withdraw a privilege because he believes, and has reasonable grounds to believe, that the holder is unfit to retain it. In brief, the power conferred on the Controller by reg. 62 stands by itself on the bare words of the regulation and, if the mere requirement that the Controller must have reasonable grounds of belief is insufficient to oblige him to act judicially, there is nothing else in the context or conditions of his jurisdiction that suggests that he must regulate his action by analogy to judicial rules ».

²¹⁴⁰ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 379, n°12-012.

²¹⁴¹ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 376.

²¹⁴² *V. Wood v Woad* (1874) LR Ex 190, 196. Traduction de : « every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals ».

²¹⁴³ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 380-381 et la jurisprudence abondante citée en note 62

²¹⁴⁴ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 381, n°12-015.

manifestent bien l'importance de la notion de sanction administrative, tant pour l'ouverture du recours en annulation que pour l'application des droits de la défense.

655. Le premier est l'arrêt *R. v Panel on Takeovers and Mergers Ex p. Datafin Plc.* Il s'agissait d'un organe sans existence légale propre, mais qui était doté de pouvoirs importants pour réglementer la City de Londres. Il ne s'agissait pas d'un organe public, mais les juges ont déclaré à la fois que ces décisions étaient susceptibles de recours en *judicial review* et qu'il devait appliquer les principes de *natural justice*. C'est l'exercice de fonctions de nature publique qui, en cas de désobéissance, étaient frappées de lourdes sanctions qui ont décidé les juges à admettre le recours en *judicial review*. Pour l'application des principes de *natural justice*, c'est l'existence d'un pouvoir de sanction qui est déterminante. On peut d'ailleurs rapprocher cet arrêt de la décision *Le Cun* du Conseil d'État du 1^{er} mars 1991, qui décide qu'une sanction pécuniaire prononcée par un organisme privé, le Conseil des bourses de valeur, mais chargée par la loi d'une mission de service public, est une décision administrative²¹⁴⁵.

656. De même, dans l'arrêt capital *O'Reilly v Mackman* on perçoit l'importance du caractère punitif de la mesure sur l'application des droits de la défense. L'apport de l'arrêt dépasse cette question : il juge que la légalité d'une décision ne peut être contestée que par le recours en *judicial review* et qu'il serait un abus de procédure d'en faire autrement, par les voies de droit privé justement. Mais on voit cependant dans l'argumentation des juges l'importance du caractère disciplinaire de la mesure pour l'application du *judicial review* et des règles de *natural justice*. Il s'agissait d'une peine prononcée contre des prisonniers par l'instance disciplinaire d'une prison. Lord Justice Ackner affirme que si cette instance n'est pas une juridiction, il s'agit en revanche « d'un organe établi par la loi et agissant en tant qu'instance disciplinaire pour administrer, le cas échéant, une punition ». Et il ajoute « à mon sens, il m'apparaît être d'ordre public que le recours en annulation (*certiorari*) soit le seul remède approprié dans le cas des décisions de cette instance »²¹⁴⁶.

657. En conclusion, il apparaît bien que le traitement de la sanction administrative en *common law* obéit à un critère plus large, celui de l'effet de la décision sur les droits ou les intérêts de la personne. Cette définition permet néanmoins d'affirmer que les sanctions prononcées par les autorités de régulation sont bien soumises au respect des garanties procédurales prévues par la jurisprudence.

658. Toutefois, et comme en France, la sanction administrative est moins aujourd'hui contrôlée par les principes jurisprudentiels traditionnels que par les principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Aussi, la notion de sanction administrative en *common law*, en tant qu'elle a un effet sur les droits et intérêts d'une personne, recevra la protection des principes de *natural justice*. Mais il est fort probable qu'aujourd'hui les requérants préféreront utiliser les principes contenus dans la convention, lesquels permettent d'identifier la sanction avec plus de certitude, permettant, par là même, de construire la notion de sanction administrative de manière plus assurée.

²¹⁴⁵ V. Conseil d'État, Ass., 1 mars 1991, n° 112820, *Le Cun*, Recueil Lebon, p 70.

²¹⁴⁶ Traduction libre de : « The analogy between proceedings before the justices and those before a board of visitors is too close to be dismissed so lightly. True, a board of visitors is not any ordinary court, but it is a statutory body set up to act as a disciplinary tribunal and to administer punishment where appropriate. (...) As a matter of public policy certiorari should, in my judgment, be held to be the only appropriate remedy in respect of the visitors' decisions (v. pp. 262-263 du jugement).

659. C'est par l'intermédiaire de l'incorporation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par le Human Rights Act de 1998 que la notion de sanction administrative peut être reçue. Cette loi consacre pour la première fois, et de manière législative, un critère organique de la décision administrative puisqu'au terme de l'article 6 (1) du Human Rights Act de 1998 : « il est illégal pour une autorité publique d'agir de manière incompatible avec un droit reconnu par la Convention »²¹⁴⁷. Aussi, la décision d'une autorité publique qui serait incompatible avec les droits reconnus par la loi sur les droits de l'homme encourt l'annulation. Il ne fait pas de doute que les autorités sectorielles sont des autorités publiques au sens du Human Rights Act. Il en a été décidé ainsi concernant Ofcom²¹⁴⁸.

660. La sanction administrative en droit anglais sera donc la décision émanant d'une autorité administrative au sens de l'article 6 (1) de la loi anglaise sur les droits de l'homme et qui, conformément à l'article 6 § 1 de la Convention décide soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale²¹⁴⁹.

661. De surcroît, les différentes études de droit comparé sur la notion de sanction administrative utilisent ces critères. Ainsi, Franck Moderne utilise quatre critères : une finalité punitive, un contenu afflictif, une infraction administrative et l'intervention d'une autorité administrative²¹⁵⁰. Le rapport général sur les sanctions administratives du colloque de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne ne tente pas de synthétiser les définitions proposées dans chaque rapport national. Même si l'on constate une divergence concernant le critère organique (faut-il y faire figurer les juridictions ?), les différentes conceptions se rapprochent pour reconnaître le caractère de sanction administrative aux décisions qui infligent une peine pour réprimer un manquement aux lois et règlements²¹⁵¹.

662. La voie doctrinale ne permet pas de fonder correctement une comparaison des actes en dégageant des critères sûrs et comparables de la sanction administrative. La voie jurisprudentielle est malgré tout plus fructueuse. Elle permet de montrer, malgré le silence de la doctrine, l'existence d'une catégorie de décisions, qui infligent une peine, que les juges anglais soumettent au respect des droits de la défense.

²¹⁴⁷ V. article 6(1) du Human Rights Act de 1998 : « It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right ».

²¹⁴⁸ V. *Gaunt v OFCOM* [2010] EWHC 1756 (QB) (13 July 2010), spéc. §15.

²¹⁴⁹ Dans le Human Rights Act la définition est la même que dans la version anglaise de la Convention : « In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him ».

²¹⁵⁰ V. F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Coll. Droit public positif 1993.

²¹⁵¹ V. les définitions résumées in « La sanction administrative », Rapport général présenté par M. J. Sarot, Conseiller d'État de Belgique, pp. 470-471. Le rapport néerlandais met l'accent sur le fait que la décision sanctionne un manquement à une règle qui fait subir un préjudice à un administré. Le rapport luxembourgeois met en évidence les critères liés à l'intention répressive, l'existence d'une peine, ainsi que d'un manquement. Le rapport allemand reprend lui la définition de Jacques Mourgeon dans sa thèse. Enfin, le rapport italien utilise un critère organique pour distinguer la sanction administrative de la sanction pénale. V. aussi deux autres études de Commission des Communautés européennes, « Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les états membres des communautés européennes », Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, 2 vol..

663. Mais il est très probable que, comme en France, les principes traditionnels de la jurisprudence de *common law* soient éclipsés par ceux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui permettent d'identifier plus nettement encore la sanction administrative. Le texte applicable au Royaume-Uni sera le Human Rights Act de 1998 qui reprend le texte de la convention, mais qui surtout ajoute un critère organique puisqu'il impose aux autorités publiques de respecter la convention.

664. En conclusion, il apparaît une communauté de conception de la sanction administrative en France et au Royaume-Uni : il s'agit d'une décision de l'Administration qui inflige une peine en infraction aux lois et règlements. Cette similitude est renforcée par l'application dans les deux pays de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui donne une définition homogène de la sanction administrative.

II — *Caractérisation de la notion de sanction administrative*

Quatre critères seront successivement étudiés : la présence d'une décision administrative (A), qui inflige une peine (C) pour réprimer (B) un manquement aux lois et règlements (D).

A — *La présence d'une décision administrative*

665. La caractérisation de la décision administrative en droit français et anglais a déjà été abordée. Il est certain que les décisions de sanction des autorités de régulation sont des décisions administratives.

666. En France, l'ambiguïté est d'autant plus réduite que le contrôle des décisions de sanction des autorités sectorielles est du ressort du juge administratif²¹⁵², si bien que la nature de la décision et son organe de contrôle naturel sont cette fois en harmonie²¹⁵³.

667. Au Royaume-Uni, on a vu que l'identification de la décision administrative obéissait à un critère matériel, l'exercice d'une fonction de nature publique. Autrement dit, l'ouverture d'un recours en *judicial review* nécessite que l'on soit en présence d'une telle fonction.

668. Mais, pour que les protections contenues dans le Human Rights Act puissent s'appliquer, un critère supplémentaire est désormais nécessaire : il faut que l'on soit en présence d'une autorité publique. La sanction ne pourra donc être annulée sur le fondement de son incompatibilité avec cette loi que si l'on est en présence d'une telle autorité.

²¹⁵² Le Conseil d'État en premier et dernier ressort. V. par ex. L. 5-3 et L. 36-11-5° du C.P.C.E.. V. article 40-7° de la Loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; Article 42-8 de la Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²¹⁵³ V. article 42-8 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; article L. 5-3-2)b) du Code des postes et des communications électroniques pour les sanctions prises par l'A.R.C.E.P. dans le domaine postal et l'article L. 36-11-5 du même code en matière de communications électroniques ; article 40-7 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité concernant les pouvoirs de sanction du Comité de règlement des différends et des sanctions dans le domaine énergétique. Seuls les recours contre les décisions de sanction de l'Autorité des marchés financiers sont partagés entre les deux ordres de juridictions (v. E. Guillaume, L. Coudray, *Autorités de régulation (Contention des)*, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, préc., n°117).

669. Quelle est la définition de cette notion ? Le critère général de l'autorité publique est le même que le critère du recours en *judicial review*. On peut donc penser que par là le législateur a voulu faire le lien entre les deux, puisque l'autorité publique est définie comme l'organe « dont certaines des fonctions sont des fonctions de nature publique ». Toutefois, la jurisprudence ultérieure a manifesté une divergence entre les deux notions qu'il faut donc traiter séparément²¹⁵⁴. La loi inclut dans le champ de cette notion les juridictions et les *tribunals* et elle en exclut les organes exerçant les fonctions législatives²¹⁵⁵.

670. Les travaux parlementaires sont très clairs et permettent avec certitude de confirmer que les autorités de régulation entrent bien dans le champ de cet article, comme un jugement l'a d'ailleurs confirmé pour Ofcom récemment²¹⁵⁶. Le gouvernement a en effet affirmé dans le Livre blanc publié à l'occasion de la préparation de la loi que la définition contenue dans la loi était rédigée en termes très larges. Le Livre blanc donne néanmoins des exemples éclairants : « le gouvernement central (ce qui inclut les agences exécutives), les collectivités locales, la police, les officiers d'immigration, les prisons, les juridictions et les *tribunals* et, dans la mesure où elles exercent des fonctions publiques, les entreprises en charge des secteurs d'activité qui étaient auparavant dans le secteur public, comme les entreprises de service public en réseau »²¹⁵⁷. La loi précise bien que lorsqu'une entité exerce des activités privées et des activités publiques, elle doit observer la loi dans l'exercice de ses activités publiques.

671. Il n'est donc pas difficile de conclure que les autorités de régulation appartiennent bien à ce que Paul Craig appelle « le noyau dur des autorités publiques »²¹⁵⁸. Elles sont soit des départements ministériels soit, pour Ofcom des établissements publics²¹⁵⁹. Or, la jurisprudence a bien précisé que le test de l'autorité publique est son caractère « gouvernemental »²¹⁶⁰ pour reprendre les termes de Lord Nicholls. La difficulté a été, pour la

²¹⁵⁴ V. sur ce point l'article de D. Oliver, « Functions of a public nature under the Human Rights Act », Public Law, 2004, pp. 329-351 ; V. aussi Dawn Oliver, « The frontiers of the State: public authorities and public functions under the Human Rights Act », Public Law, 2000, Aut, pp. 476-493 ; P. Craig, Administrative Law, préc., pp. 569 suiv. ; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 154.

²¹⁵⁵ V. article 6(3) du Human Rights Act : « "public authority" includes — (a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament ».

²¹⁵⁶ V. Gaunt v Ofcom [2010] EWHC 1756, spéc. §15.

²¹⁵⁷ V. « The definition of what constitutes a public authority is in wide terms. Examples of persons or organisations whose acts or omissions it is intended should be able to be challenged include central government (including executive agencies); local government; the police; immigration officers; prisons; courts and tribunals themselves; and, to the extent that they are exercising public functions, companies responsible for areas of activity which were previously within the public sector, such as the privatised utilities. The actions of Parliament, however, are excluded » (v. Home Department, « Rights brought home: the Human Rights Bill », HMSO, 1997, Cm. 3782).

²¹⁵⁸ V. P. Craig, Administrative Law, préc., p. 569 suiv..

²¹⁵⁹ Ofcom et la Civil Aviation Authority sont des établissements publics (« public corporation »), tandis que Postcomm, Ofgem, Ofwat, ORR, OFT et la Competition Commission sont des non-ministerial government department. Seule l'autorité des marchés financiers a un statut entièrement privé. V. sur ce point UK Economic Regulators, préc., p. 70, table 5, Status of the regulators. Postcomm est dissoute par une loi de 2011 et ses pouvoirs sont transférés à Ofcom (V. Postal Services Act de 2011).

²¹⁶⁰ V. Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another [2004] 1 A.C. 546. Lord Nicholls affirme ainsi : « Conformably with this purpose, the phrase "a public authority" in section 6(1) is essentially a reference to a body whose nature is governmental in a broad sense of that expression. It is in respect of organisations of this nature that the government is answerable under the European Convention on Human Rights. Hence, under the Human Rights Act 1998 a body of this nature is required to act compatibly

jurisprudence et la doctrine, de définir ce que Paul Craig appelle les organes hybrides, exerçant des activités publiques et privées, ne devant respecter les principes de la Convention que dans la mise en œuvre des premières. Les hypothèses pour lesquelles l'identification a été la plus difficile concernent essentiellement les activités de prestation des services publics spécialement lorsque ces fonctions sont déléguées à des prestataires privés²¹⁶¹. Le but de cette notion est, d'après la jurisprudence d'éviter la censure de Strasbourg et la condamnation de l'État ; aussi, relèvent de cette notion les fonctions publiques susceptibles de faire condamner le Royaume-Uni devant la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁶².

672. Aussi, pour la qualification de sanction administrative et l'application du régime protection du Human Rights Act, ne fait-il aucun doute que les autorités sectorielles exercent bien, dans le cadre de leurs fonctions répressives, une fonction publique et que, par conséquent, les décisions qu'elles rendent sont bien des décisions administratives.

Pour que le régime protection s'applique, encore faut-il qu'un autre critère soit réuni : il faut que l'on soit en présence d'une finalité répressive.

B — La finalité répressive

673. Le critère de la finalité répressive de la mesure est au cœur de la notion de sanction. C'est parce que la sanction en question a une finalité répressive qu'elle empiète sur le domaine traditionnellement réservé au droit pénal. C'est cette finalité qui justifie le rejet de ce « droit répressif secondaire » pour reprendre les termes de Henry Nézard dans le cadre du droit disciplinaire, ou de droit « pseudo-pénal » pour reprendre l'expression plus célèbre de Marcel Waline.

674. Mais l'intérêt de ce critère est surtout qu'il a des répercussions juridiques importantes en droit français. Il permet, comme le rappelle Jacques Mourgeon de distinguer, au sein de l'action administrative, « les mesures constitutives et non constitutives de sanctions »²¹⁶³, et ce, dans les deux droits. La recherche et l'identification de ce but subjectif ne sont pas simples puisque, comme l'explique le même auteur, « la recherche de l'intention répressive n'est évidemment pas simple puisqu'elle ne peut que procéder de l'utilisation d'indices dont la

with Convention rights in everything it does. The most obvious examples are government departments, local authorities, the police and the armed forces. Behind the instinctive classification of these organisations as bodies whose nature is governmental lie factors such as the possession of special powers, democratic accountability, public funding in whole or in part, an obligation to act only in the public interest, and a statutory constitution ».

²¹⁶¹ V. par ex. *YL v Birmingham City Council* [2008] 1 A.C. 95 (une entreprise privée en contrat avec la municipalité de Birmingham pour s'occuper de personnes atteintes de maladie n'est pas une autorité publique au sens de l'article 6(1) du Human Rights Act) ; *Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595 (une association de droit privé chargée par une municipalité de récupérer certains logements est, dans ce cas, à ce point proche de l'autorité locale, qu'elle exerce bien une fonction publique et doit respecter son droit au respect de la vie privée et familiale) ; *R. (on the application of Heather) v Leonard Cheshire Foundation* [2002] 2 All E.R. 936 (la fondation de droit privé à laquelle la municipalité a délégué ses fonctions n'exerce pas une fonction publique, il s'agissait d'une activité de logement).

²¹⁶² V. *YL v Birmingham City Council*, préc. : « The rationale of the section was to ensure that those bodies for whose acts the state was answerable before the European Court of Human Rights should be subject to a domestic law obligation not to act incompatibly with Convention rights ».

²¹⁶³ V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., n° 94.

concordance permet de la déduire »²¹⁶⁴. De même, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à mentionner l'existence, dans certaines de ces décisions, d'une « matière répressive »²¹⁶⁵.

675. Pour tenter de dresser un portrait le plus clair possible de ce critère, il faut certainement le penser dans le cadre d'une échelle : il y a d'abord des mesures, particulièrement dans le domaine étudié, privées d'intention répressive (1) ; il y a ensuite un halo d'incertitude, tant en droit français qu'en droit de la Convention européenne, concernant le départ entre les mesures à visée répressive et celles qui poursuivent un but préventif (2).

1 — Les mesures dénuées d'intention répressive

676. Il s'agit ici des mesures de retrait d'autorisation qui s'analysent comme des mesures parallèles à l'octroi de celles-ci. Ces retraits ne peuvent être considérés ni comme des mesures de police ni comme des sanctions étant dépourvues d'intention répressive. Ce sont les « retraits d'agrément qui constituent une mesure symétrique dans ses motifs à l'octroi de l'agrément »²¹⁶⁶.

677. Ce cas de figure est prévu concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cette autorité peut retirer l'autorisation, sans mise en demeure, « en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée »²¹⁶⁷. De même en cas de caducité d'une autorisation le retrait ne constitue pas une sanction²¹⁶⁸.

678. Le législateur a conféré à Ofcom le pouvoir de modifier les autorisations de radiodiffusion soit avec le consentement du titulaire si le changement concerne la durée d'autorisation soit de manière unilatérale pour tous les autres changements. Dans le cadre du passage au numérique, Ofcom a été obligé de modifier les autorisations d'émettre, sans le consentement des titulaires qui se sont retrouvés dans l'impossibilité d'émettre dans certaines zones. Il a toutefois été jugé que cette modification résulte de motifs purement pratiques : dans le cadre du passage au numérique, ces chaînes auraient de toute façon été dans l'impossibilité pratique d'émettre et se seraient donc retrouvées en contravention avec leur autorisation dans ces zones. Les juges ont donc estimé que ce cas de modification de l'autorisation ne constitue pas un abus. Ofcom n'a fait qu'exercer les pouvoirs que lui confère le législateur, il n'y a, en conséquence, aucune violation des droits des titulaires²¹⁶⁹.

²¹⁶⁴ V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., n°94.

²¹⁶⁵ V. Conseil constitutionnel, n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, Rec. p. 110, cité par L. Favoreu, T. S. Renoux, *Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la)*, janvier 1992, (dernière mise à jour : mars 2010), in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

²¹⁶⁶ V. Concl. Gentot sous C.E., Sect., 6 mars 1970, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieurs Sydein et Desonneville*, AJDA 1970.564.

²¹⁶⁷ V. article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 modifié par la loi n°2007-309 du 5 mars 2007. V. par ex. Conseil d'État, 15 janvier 1997, *Association Radio-Sud-Vendée-Pictons*, n° 177989, Recueil Lebon, p. 20, Recueil Dalloz 1997 p. 113) reconnaît que le C.S.A. pouvait utiliser cette disposition en cas de « transformations ainsi apportées aux conditions de financement et de contrôle de l'association ainsi qu'à son équipe dirigeante ».

²¹⁶⁸ V. par ex. Conseil d'État, Sect. 22 mars 1996, *Société NRJ SA*, n° 131861, RFD adm. 1997, p. 2 ; AJDA 1996 p. 471

²¹⁶⁹ V. *The Queen on the Application of Data Broadcasting International Limited, Simpleactive Limited v The Office of Communications* [2010] EWHC 1243 (Admin).

2 — *Les mesures répressives et les mesures poursuivant une finalité d'intérêt général*

Le choix de ce qualificatif, « intérêt général », se justifie pour faciliter la comparaison. La jurisprudence française a manifesté une difficulté à penser la distinction entre les mesures répressives et les mesures préventives (a). La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas éloignée de reprendre une telle dichotomie (c). En droit anglais en revanche, et même si on peut retrouver dans certaines affaires la notion de mesure préventive, la jurisprudence illustre d'autres coupures, d'autres oppositions entre mesures répressives et les mesures poursuivant un autre objectif, d'intérêt général (b).

a — En droit français

679. Le critère du caractère répressif ou préventif d'une mesure, malgré les critiques qui ont pu lui être adressées²¹⁷⁰, a une importance en droit administratif français et anglais ainsi qu'en droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

680. En droit français la distinction des mesures préventives ou de police et des mesures répressives, qui s'explique pour Michel Lefondré par une extension des fonctions de la police après la guerre²¹⁷¹, a eu pendant longtemps un intérêt pratique certain. Les premières étaient en effet dispensées de respecter certaines formalités : « le caractère contradictoire de la procédure et les droits de la défense [étaient] applicables pour les sanctions et non pour les mesures de police ». Mais, « l'intervention du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 a fait perdre à la distinction cet intérêt dans la mesure où la procédure contradictoire est applicable aux décisions devant être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979, comprenant notamment les mesures de police, « sauf urgence ou circonstances exceptionnelles et sous réserve des nécessités de l'ordre public » »²¹⁷². Mais ce n'est pas la seule différence : comme l'explique René Chapus, le prononcé des sanctions administratives, à la différence des

²¹⁷⁰ V. M. Degoffe, L'ambiguïté de la sanction administrative, AJDA, 20 octobre 2001, numéro spécial, p. 30). Cet auteur estime que le « destinataire de la mesure ne pourra pas s'empêcher de penser qu'elle blâme aussi un comportement passé ». Ainsi dans une affaire (C.E., Sect., 25 février 1994, Ministre délégué à la santé, n° 129305) concernant un retrait d'autorisation administrative d'exploiter un laboratoire médical le requérant soutenait que le préfet ne pouvait fonder sa requête sur des agissements antérieurs à la décision de retrait, dans la mesure où cela lui donnerait un caractère répressif. Le Commissaire du gouvernement G. Le Chatelier a pourtant expliqué dans ses conclusions sous cet arrêt, tout en manifestant le paradoxe, « que des agissements passés justifient des mesures de police administratives qui constituent alors pour les intéressés de véritables sanctions ». Mais, plus profondément, Étienne Picard note dans sa thèse que, d'une part, la police administrative ne peut plus se caractériser uniquement, après la Seconde guerre mondiale, par ce critère et que, d'autre part, l'utilisation de ce critère pour distinguer sanction et mesure de police serait une extrapolation à partir de la distinction entre police administrative et police judiciaire qui s'opère aussi sur le caractère préventif de la première alors que la seconde serait mue par un motif répressif. Étienne Picard ajoute d'ailleurs que « dire d'une mesure qu'elle est répressive ou préventive ne signifie pas grand-chose en soi, car, selon le point de vue auquel on se place, une mesure de police peut apparaître répressive et une sanction préventive ». Il ajoute enfin que certaines mesures sont tantôt des actes de police tantôt des sanctions « ce qui prouve bien que leur caractère indubitablement répressif ne peut jouer comme critère de leur qualité juridique » (La notion de police administrative, préc., tome 1, p. 344).

²¹⁷¹ Il explique très bien et avec force que l'on est passé progressivement « d'une protection négative de l'ordre public, à une instauration positive d'un ordre public » (M. Lefondré, Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, thèse préc., p. 50)

²¹⁷² V. H.-M. Crucis, Sanctions administratives, préc., §40.

mesures de police, est « régi par la loi en vigueur à la date des faits qui les ont provoqués »²¹⁷³ et, de surcroît, les dispositions instaurant des sanctions administratives sont d'interprétation stricte²¹⁷⁴. Les mesures de police ne bénéficient pas non plus des protections de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour le Conseil d'État²¹⁷⁵. C'est précisément, comme le relève Étienne Picard, l'utilisation téléologique de ces notions qui explique le brouillage progressif de la frontière entre celles-ci²¹⁷⁶.

681. L'intérêt pratique de la distinction perdure donc même s'il s'est émoussé. On remarquera par ailleurs que la difficulté essentielle dans la jurisprudence consiste en la qualification des décisions de retrait d'autorisation²¹⁷⁷. Or, les autorités sectorielles étudiées disposent toutes de ce pouvoir²¹⁷⁸.

682. C'est la « finalité respective »²¹⁷⁹ de ces mesures qui justifie la distinction. Il est donc de principe que les mesures de police, prise dans un but préventif, « dans l'intérêt de l'ordre, de la santé et de la sécurité publique »²¹⁸⁰ ne sont pas des sanctions administratives. Quels indices permettent au juge de dégager la finalité préventive ou répressive de la mesure ? Un premier indice peut être trouvé dans les motifs de la mesure. La recherche des motifs de l'acte est ainsi une étape déterminante. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Sieur Rohmer*, Guy Braibant indique en effet que « vous ne reconnaissez à la décision le caractère d'une sanction qu'après en avoir analysé les motifs »²¹⁸¹. Si les motifs de la mesure sont tirés de la violation des lois et règlements la mesure est une sanction, si elle vise à préserver l'ordre public elle est une mesure de police. Mais ce critère peut se révéler inopérant. En effet, si l'on suit Jacques

²¹⁷³ V. R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, préc., p. 1178, n°1356.

²¹⁷⁴ V. R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, préc., p. 1178, n°1356 ; 929-3°

²¹⁷⁵ V. Conseil d'État, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, *AJDA* 2001 p. 638 ; *AJDA* 2001 p. 634, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2002. 1666, obs. S. Thomasset-Pierre ; *RFDA* 2002. 509, concl. F. Lamy ; *Rev. science crim.* 2002. 612, obs. J. Riffault-Silk ; *RTD com.* 2002. 132, obs. N. Rontchevsky (« Les stipulations de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoquées à l'encontre d'une décision de retrait de l'agrément d'une société de gestion de portefeuille prononcée par la commission des opérations de bourse au titre de ses pouvoirs de police »). V. aussi C.E., 19 mars 2003, M. Jean-Marc X., n° 191271, *AJDA* 2003 p. 1623, *Recueil Dalloz* 2003 p. 1264 (mesures de suspension du permis de conduire prononcées par le préfet en vertu de l'article L. 18, devenu l'article L. 224-7 du code de la route, lesquelles constituent des mesures de police administrative).

²¹⁷⁶ V. É. Picard, *La notion de police administrative*, thèse, préc., tome 1, p. 336 et concl. de G. Braibant, sur Conseil d'État, 8 janvier 1960, *Rohmer et Faist* (2 arrêts), *R.D.P.*, 1960, p. 334.

²¹⁷⁷ V. les ex. cités dans P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., n°427 ; P. Delvolvé, M. Long, P. Weil, G. Braibant, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., p. 345, n°6 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., pp. 532-533, spéc. p. 533, note 2).

²¹⁷⁸ À l'exception toutefois de l'H.A.D.O.P.I. et du Médiateur du cinéma.

²¹⁷⁹ V. P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., n°427.

²¹⁸⁰ V. P. Delvolvé, M. Long, P. Weil, G. Braibant, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., p. 345, n°6 ; Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 38. La distinction est affirmée de manière constante. Ainsi, Guy Braibant dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 8 janvier 1960 *Sieur Rohmer* établit que « Les mesures de police sont prises dans l'intérêt de l'ordre, de la santé ou de la sécurité publics ; elles visent à mettre fin à un désordre ou un danger et à l'empêcher de se produire ou de se reproduire à l'avenir ; elles sont, même lorsqu'elles prennent le forme d'une fermeture ou d'un retrait, d'une nature essentiellement préventive » (*R.D.P.*, 1960, p.333). De même, Roland Drago, dans un note sous l'arrêt *Dame Bourokba* du 16 décembre 1955 (D. 1956.393) confirme ce critère : « Le pouvoir de police ne comporte pas le droit pour l'autorité administrative de prononcer des sanctions ; il est essentiellement préventif ». Enfin, Bruno Genevois se rallie à ce critère : « la sanction administrative se distingue de la mesure de police qui (...) ne présente qu'un caractère préventif » (*La sanction administrative en droit français*, APC 1984.70).

²¹⁸¹ V. G. Braibant, concl. préc., *R.D.P.*, 1960, p.333.

Mourgeon le caractère répressif doit être repéré indépendamment de ses motifs « il est inutilisable *a priori* ». La recherche de la conformité de la mesure à ses motifs ne peut être tranchée que si l'on commence à identifier le caractère de la mesure pour analyser ensuite si elle repose sur des motifs justifiant le prononcé d'une mesure répondant à ce caractère. Par ailleurs, la définition parfois très vague des infractions en matière de sanction peut rendre difficile l'utilisation de ce critère. Si la recherche des motifs de la mesure est inopérante, le juge s'appuiera sur l'intention de son auteur, sur ses mobiles. La volonté de l'auteur est-elle de réagir contre un comportement ou de servir l'ordre public ? Dans le premier cas, il s'agira d'une sanction administrative et dans le second d'une mesure de police. La prise en compte du comportement de l'auteur est ainsi un indice important de la nature de la mesure : « dès lors que la décision revêt un caractère de gravité suffisant et qu'elle est prise en fonction du comportement de la personne concernée ou de ses activités, l'administration, pour les auteurs des Grands arrêts, doit respecter le principe »²¹⁸² des droits de la défense. Un autre indice du caractère préventif de la mesure peut être dégagé de ses effets réels plutôt que personnels²¹⁸³. Martin Collet ajoute à ces critères la notion de risque, qui permettrait de reconnaître une mesure de police²¹⁸⁴. Le juge prend aussi en compte la nature de la mesure, une sanction pécuniaire, comme le relève Étienne Picard, sera toujours une sanction « car elle n'est pas en soi susceptible de rétablir directement l'ordre public »²¹⁸⁵. La durée de la mesure peut aussi entrer en ligne de compte, car « l'autorité de police ne [peut] prendre que des mesures strictement nécessaires à la suppression du trouble causé à l'ordre public ». Ainsi quand une mesure est définitive ou quand sa durée est définie *a priori* il s'agit en principe d'une sanction²¹⁸⁶.

683. Pour autant, l'ensemble de ces indices ne confère pas à cette distinction une certitude absolue, ou, pour employer la litote de Guy Braibant, elle « ne relève pas toujours du domaine de l'évidence »²¹⁸⁷, au point même que certains auteurs affirment que « la distinction radicale

²¹⁸² V. P. Delvolvé, M. Long, P. Weil, G. Braibant, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., p. 344, n°5.

²¹⁸³ Ainsi les mesures de fermeture provisoire des débits de boissons et restaurants prises par le préfet en vertu de l'article L.62 du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme ont pour objet selon le Conseil d'État « de prévenir la continuation ou le retour de désordres liés à la fréquentation même de l'établissement » (C.E., 28 février 1996, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. Baudry, n° 150878).

²¹⁸⁴ V. M. Collet, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, préc., p.95. Dans l'arrêt Société Amérique Europe Asie (Conseil d'État, 23 mai 1997, n° 176924, Recueil Lebon p. 196) le Conseil d'État voit dans les mesures de retrait d'agrément par la C.O.B. qui intervenaient à la suite d'opérations peu scrupuleuses non pas une sanction mais une mesure de police car le comportement de ces personnes « faisait peser un risque sur les épargnants, risque qui méritait d'être prévenu par l'adoption d'une mesure de police ».

²¹⁸⁵ V. É. Picard, La notion de police administrative, thèse, préc., tome 1, p. 361.

²¹⁸⁶ C'est aussi ce qu'exprime M. Waline dans une note sous l'arrêt du Conseil d'État du 4 mars 1960, Lévy : « la solution, dit-il, (...) me paraît résulter de la durée de la suspension. Si la suspension est prononcée pour une durée supérieure à un mois, le Préfet manifeste son intention d'écarter du volant un conducteur dangereux, jusqu'à ce qu'il ait pu prendre l'avis de la commission afin de prendre la mesure définitive ; il s'agit bien pour le Préfet de se donner le temps de suivre la procédure de suspension définitive, et de prévenir, en attendant, un danger imminent. C'est alors une mesure de sécurité bien plutôt qu'une sanction » (RDP 1960.1030). Une autre note de M. Waline confirme cet indice de la durée comme étant un bon indice de la nature de la mesure. A propos d'une décision du Préfet ordonnant la fermeture d'un lieu de débauche : « Elle aurait eu ce caractère [de sanction administrative] si la fermeture de la maison meublée avait été soit définitive soit ordonnée pour une durée déterminée. Il n'en est rien en l'espèce (...) la mesure critiquée ne faisait pas obstacle à la réouverture de l'établissement, le jour où il serait établi que cette réouverture ne pouvait faire craindre de nouvelles atteintes à la moralité publique ou à l'ordre public » (note sous C.E., 30 septembre 1960, Jauffret, RDP 1961.828).

²¹⁸⁷ V. G. Braibant, concl. préc., R.D.P., 1960, p.333.

des fonctions de police et des sanctions est impossible »²¹⁸⁸. La difficulté est concentrée sur certains domaines particuliers comme les retraits de permis de conduire²¹⁸⁹.

684. Cette confusion n'est toutefois pas possible dans notre domaine, car le législateur a pris soin de qualifier de sanction les mesures de retrait ou de suspension d'autorisation. Au surplus, l'intérêt de la distinction quant à l'application d'un régime juridique favorable est lui aussi amoindri par le régime établi par le législateur lui-même, régime protecteur.

b — En droit anglais

685. Mais la confusion n'est pas absente du droit anglais et sur le même type de décisions. Les décisions portant sur la suspension ou la révocation d'autorisations administratives ne sont pas traitées de manière cohérente en jurisprudence²¹⁹⁰. Les juges ont ainsi pu considérer que l'autorisation administrative était un « privilège » et que, par conséquent, le retrait d'un privilège n'affectait pas un droit en tant que tel. Aussi, les autorités administratives n'étaient pas tenues de respecter les droits de la défense. C'est bien l'atteinte à un droit qui, souvent, confère son caractère répressif à une mesure. Mais ici, il n'est pas question de caractère préventif. En tout cas, les juges n'utilisent pas cette dichotomie pour justifier la non-application des droits de la défense.

686. Mais la dichotomie préventif/répressif n'est pas absente de la jurisprudence anglaise et n'est pas dénuée de conséquences importantes. En *common law* aussi, les activités de police, à caractère préventif, permettent de déroger aux principes du droit répressif. Dans la décision, *The King v Halliday*²¹⁹¹, le Parlement, par une législation de guerre, avait conféré à l'exécutif le pouvoir d'ordonner l'internement de certains sujets dans l'intérêt de la sécurité publique. Les juges relèvent que le motif de la décision, même s'il entraîne une restriction de la liberté des sujets, est bien préventif. Aussi les garanties du *writ* d'Habeas Corpus sont-elles suspendues. Lord Atkinson remarque à cette occasion que « la justice préventive, comme on l'appelle, qui consiste à empêcher un homme de commettre une infraction, avant qu'il ne l'ait réalisée, ou d'accomplir un acte portant atteinte à certains membres de la communauté, acte qu'il pourrait mener à bien, mais sans l'avoir encore fait, n'est pas une nouveauté dans le droit de l'Angleterre »²¹⁹². Ce précédent est invoqué dans d'autres affaires²¹⁹³.

687. De même, en matière disciplinaire, certains jugements affirment la nature particulière de ces poursuites. Dans le cadre de certaines professions, « le but principal n'est pas de punir,

²¹⁸⁸ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, thèse préc., n°191.

²¹⁸⁹ V. L'étude du Conseil d'État cite à cet égard la suspension administrative du permis de conduire. Certains arrêts la qualifient de sanction administrative (C.E., 29 mai 1987, Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c. Guérinel, n° 58630) bien qu'elle ait toujours été considérée comme une mesure de police et que sa finalité préventive ait été réaffirmée dans un arrêt du 3 novembre 1989 (C.E., Blanquie, Req. n°88408), position confirmée par le juge judiciaire (Cass., crim., 4 novembre 1988, n° 87-81697).

²¹⁹⁰ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., p. 195 suiv..

²¹⁹¹ V. *The King (at the Prosecution of Arthur Zadig) v Halliday* [1917] A.C. 260.

²¹⁹² V. *The King (at the Prosecution of Arthur Zadig) v Halliday* [1917] A.C. 260, p. 274. Traduction de : « Preventive justice, as it is styled, which consists in restraining a man from committing a crime he may commit but has not yet committed, or doing some act injurious to members of the community which he may do but has not yet done, is no new thing in the laws of England ».

²¹⁹³ V. par ex., de manière très nette : *Liversidge v Sir John Anderson and Another Respondents* [1942] A.C. 206, spéc. pp. 264-265.

mais de protéger le public »²¹⁹⁴. Thomas Bingham est à cet égard très clair, dans une affaire concernant la discipline des avocats, certaines mesures ne poursuivent qu'une finalité punitive et ne peuvent donc se voir appliquer le même régime juridique : « Il y a plus, dans ces décisions, qu'un élément punitif : une peine peut être infligée à un avocat, dont le comportement manifeste qu'il est tombé en dessous des standards exigés dans sa profession, dans le but de le punir pour ce qu'il a fait et ainsi dissuader les autres avocats qui seraient tentés de se comporter de la même manière. Voilà les objectifs traditionnels de la répression. Mais, souvent, l'intention de ces décisions n'est pas punitive [...]. Ce second objectif est le plus fondamental de tous : maintenir la réputation de la profession d'avocat [...]. Parce que les décisions de l'Ordre ne sont pas d'abord répressives, il s'ensuit que les considérations qui, d'ordinaire, viendraient alléger la peine ont moins d'effet dans l'exercice de cette compétence que dans celui des tribunaux lorsqu'ils jugent des affaires pénales [...] »²¹⁹⁵.

On voit donc ici que l'intention de la mesure, répressive, préventive, ou d'intérêt général est prise en compte par les juges pour l'application d'un régime juridique plus expéditif. Les juges sont donc aussi sensibles à l'intention répressive de la mesure. Il en est de même devant la Cour européenne des droits de l'homme.

c — La conception de la Cour européenne des droits de l'homme

688. L'importance de ce critère est aussi attestée par son utilisation par la Cour européenne des droits de l'homme. Le caractère préventif d'une mesure peut lui enlever tout caractère répressif et donc empêcher l'application de l'article 6 § 1. La Cour considère que les mesures

²¹⁹⁴ V. *Coke Wallis, R (on the application of) v Institute of Chartered Accountants in England and Wales* [2011] UKSC 2, spéc. §60.

²¹⁹⁵ V. *Bolton v The Law Society* [1993] EWCA Civ 32 (06 December 1993). Traduction de : « There is, in some of these orders, a punitive element: a penalty may be visited on a solicitor who has fallen below the standards required of his profession in order to punish him for what he has done and to deter any other solicitor tempted to behave in the same way. Those are traditional objects of punishment. But often the order is not punitive in intention. Particularly is this so where a criminal penalty has been imposed and satisfied. The solicitor has paid his debt to society. There is no need, and it would be unjust, to punish him again. In most cases the order of the Tribunal will be primarily directed to one or other or both of two other purposes. One is to be sure that the offender does not have the opportunity to repeat the offence. This purpose is achieved for a limited period by an order of suspension; plainly it is hoped that experience of suspension will make the offender meticulous in his future compliance with the required standards. The purpose is achieved for a longer period, and quite possibly indefinitely, by an order of striking off. The second purpose is the most fundamental of all: to maintain the reputation of the solicitors' profession as one in which every member, of whatever standing, may be trusted to the ends of the earth. To maintain this reputation and sustain public confidence in the integrity of the profession it is often necessary that those guilty of serious lapses are not only expelled but denied re-admission. If a member of the public sells his house, very often his largest asset, and entrusts the proceeds to his solicitor, pending re-investment in another house, he is ordinarily entitled to expect that the solicitor will be a person whose trustworthiness is not, and never has been, seriously in question. Otherwise, the whole profession, and the public as a whole, is injured. A profession's most valuable asset is its collective reputation and the confidence which that inspires. Because orders made by the Tribunal are not primarily punitive, it follows that considerations which would ordinarily weigh in mitigation of punishment have less effect on the exercise of this jurisdiction than on the ordinary run of sentences imposed in criminal cases » (§15-16). V. aussi *Law Society v Salsbury* [2008] EWCA Civ 1285 (25 November 2008), §30 qui affirme que l'opinion de Thomas Bingham est toujours applicable, à la restriction près qu'il faut désormais concilier cet objectif avec les droits que les avocats tirent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Enfin v. *Solicitors Regulation Authority v Dennison* [2011] EWHC 291 (Admin) (22 February 2011) : ici, la Cour d'appel annule une décision imposant une sanction financière et ordonne que l'avocat en question soit radié de sa profession.

qui poursuivent à la fois un but préventif et répressif rentrent dans la matière pénale²¹⁹⁶. Mais les mesures dont le contenu est exclusivement préventif échappent à la matière pénale au sens de l'article 6 § 1²¹⁹⁷. Dans l'affaire Maaouia c. France, la Cour de Strasbourg considère qu'une « mesure d'interdiction du territoire français ne porte pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». Elle constate ainsi que cette mesure constitue, dans États membres du Conseil de l'Europe, « une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers » qui, par conséquent « ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 § 1 ».

689. Le caractère préventif d'une mesure, dans tous les systèmes juridiques étudiés, a pour effet d'enlever son caractère de sanction à une mesure. Le but de la mesure est donc essentiel dans la qualification de sanction administrative. Mais il n'est pas suffisant, la mesure doit comporter le prononcé d'une peine.

C — La peine

690. L'étude de la peine permet d'abord de mettre en évidence, de recenser les peines mises en place par les textes dans les différents secteurs (1). Cette classification permettra de donner une première image de la notion de peine, qu'il sera nécessaire de compléter (2).

1 — Classification des peines

691. Les catégories de sanctions administratives dans les secteurs concernés peuvent être classées en fonction de quatre paramètres : l'intérêt concerné, la nature de la sanction, sa durée et enfin ses destinataires.

692. La classification traditionnelle des sanctions administratives retient l'intérêt concerné, la nature de la peine, comme critère. Les autorités administratives peuvent prononcer des sanctions patrimoniales et des sanctions extrapatrimoniales. Les sanctions patrimoniales sont essentiellement pécuniaires. En France²¹⁹⁸ et au Royaume-Uni²¹⁹⁹, les autorités sectorielles,

²¹⁹⁶ V. C.E.D.H., du 21 février 1984, Oztürk c/ Allemagne. V. F. Sudre, « Droit à un procès équitable », préc., n°63 : « Dans cette affaire, la Cour européenne, en se fondant sur le critère de la nature de l'infraction (généralité de la norme, but à la fois préventif et répressif), juge l'article 6 applicable à des infractions mineures au Code de la route, que le droit allemand qualifiait de "contraventions administratives" » ; V. aussi, CEDH, 25 août 1987, Lutz c/ Autriche, § 57 : A. 123. - CEDH, 23 oct. 1995, Schmutz c/ Autriche [et cinq autres aff.] : A 328-A à A 329-C) ; 23 novembre 2006, Jussila c. Finlande, §32.

²¹⁹⁷ V. par ex. C.E.D.H., 5 octobre 2000, Maaouia c. France, n° 39652/98, § 39.

²¹⁹⁸ V. par ex. pour le C.S.A. l'article 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose : « Le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation ». V. l'art. L. 5-3-2°b) pour l'ARCEP dans le domaine postal ; V. L. 36-11-2°b pour l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques ; V. l'article 40-1-b de la loi du 10 février 2000 pour le CoRDIS et donc la C.R.E. ; V. article 17-1-b de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F..

²¹⁹⁹ V. les articles 96 et 97 du Communications Act de 2003 pour Ofcom dans le domaine des communications électroniques ; V. article 237 de la même loi pour les fonctions d'Ofcom dans le domaine audiovisuel ; V. les articles 30A(1) du Gas Act de 1986 pour les pouvoirs d'Ofgem dans le domaine du gaz et l'article 27A(1) du Electricity Act de 1989 pour ses pouvoirs dans le domaine de l'électricité ; V. l'annexe 7 (§ 6) du Postal Services Act de 2011 pour Ofcom dans le secteur postal (anciennement Postcomm) ; O.R.R. dans le domaine ferroviaire

lorsqu'elles disposent d'un pouvoir de sanction, disposent toutes d'un pouvoir de sanction pécuniaire. Le montant de la sanction est en général plafonné, par le législateur, à un certain pourcentage du chiffre d'affaires. Ces instances peuvent aussi prononcer des sanctions extrapatrimoniales. Les sanctions restrictives ou privatives de liberté étant exclues expressément par le Conseil constitutionnel en France, elles ne peuvent prononcer que des sanctions restrictives ou privatives de droits. Au Royaume-Uni, malgré l'absence de garde-fou constitutionnel, les autorités sectorielles ne disposent pas du pouvoir de prononcer des peines privatives de liberté, elles peuvent en revanche prononcer des peines privatives de droits. C'est la compétence essentielle des autorités sectorielles, dont les sanctions portent principalement — même si ce sont les moins utilisées — sur le lien qui les attache aux titulaires de l'autorisation.

693. La classification des sanctions retient aussi comme critère le caractère principal, accessoire ou complémentaire des mesures. À côté des sanctions principales décrites précédemment, il existe des sanctions complémentaires. Il s'agit essentiellement de la publication de la décision de mise en demeure²²⁰⁰ ou de sanction. Par contre, cette sanction n'existe pas en droit anglais dans les textes législatifs. Toutefois, certaines autorités, comme Ofcom qui s'impose un degré élevé de transparence dans son action, ont pour pratique de publier l'ensemble de leurs décisions relatives aux actions comminatoires qu'elles entreprennent.

694. La durée de la sanction peut aussi être un paramètre important. Les sanctions peuvent être définitives ou provisoires. Les sanctions pécuniaires ou celles de retrait sont des sanctions définitives. En revanche, il faut ranger au titre des sanctions provisoires, l'ensemble des sanctions visant à la suspension de l'autorisation dont disposent les instances sectorielles.

695. Enfin, le classement en fonction des destinataires est ici aussi important puisque les autorités sectorielles, dans leur action dans le secteur — par opposition aux compétences dont disposent les autorités anglaises pour mettre en œuvre les législations sur la concurrence et sur le droit de la consommation — ne sanctionnent que les entreprises avec lesquelles elles ont un lien préalable²²⁰¹.

La classification des peines prévues par les législateurs anglais et français permet d'envisager les critères de la peine.

2 — *La notion de peine*

696. La notion de peine n'est pas aisée à définir de manière générale²²⁰². La doctrine renvoie ainsi au terme sanction pour définir la peine, ce qui n'éclaire pas la notion²²⁰³. En France, le

disposent de plusieurs compétences pour imposer des sanctions pécuniaires : notam. article 55 (8) du Railways Act de 1993.

²²⁰⁰ V. par ex. la possibilité qu'a l'A.R.C.E.P. de rendre la mise en demeure publique à l'article L. 36-11-1° du C.P.C.E. ; l'article 40-1 pour la mise en demeure émise par le CoRDIS ; l'article 17-1 pour celles de l'A.R.A.F..

²²⁰¹ Seules les autorités sectorielles de l'énergie verront leur activité répressive modifiée à l'avenir en raison de leur compétence pour sanctionner les abus de marché sur les marchés de l'énergie.

²²⁰² V. Xavier Prétot estime ainsi que : « La notion de sanction à caractère de punition s'avère, à l'expérience, bien imprécise, raisonnant, chacun en ce qui le concerne, en fonction des principes qui leur sont propres, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne de Strasbourg n'accordent qu'imparfaitement leurs jurisprudences en la matière, de sorte qu'une même mesure peut relever des principes de la matière pénale au sens de la Convention européenne, mais non des principes constitutionnels du droit répressif, et inversement » (X. Prétot, «

Conseil constitutionnel n'a été amené à qualifier de sanction ayant le caractère d'une punition que les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel²²⁰⁴. Il ne fait guère de doute que les sanctions des autres autorités étudiées reçoivent aussi cette qualification, mais il faut auparavant définir cette notion.

Quelles définitions trouve-t-on de la notion de peine ? La notion de peine est invoquée et possède un effet juridique tant dans la jurisprudence constitutionnelle française (a), que dans la jurisprudence de *common law* (b), que dans celle de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (c).

a — La jurisprudence française

697. La notion de peine est d'abord une notion matérielle en droit constitutionnel français, qui fait fi de tout critère organique puisque le juge a pu appliquer cette qualification aussi bien aux sanctions pénales, qu'administratives et même civiles²²⁰⁵. Le Conseil constitutionnel, par le recours à la notion de peine, permet de soumettre « les deux branches du droit répressif au respect des droits-garanties »²²⁰⁶ et ainsi de faire rentrer le droit des sanctions administratives dans le droit commun des principes du droit répressif. Il utilise ainsi la notion contenue à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 34 de la Constitution pour déclarer son applicabilité aux sanctions de l'Administration. C'est d'abord les pénalités en matière fiscale qui lui ont permis de développer cette jurisprudence, qu'il a ensuite étendue aux sanctions des autorités administratives indépendantes comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ; Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »²²⁰⁷.

Le pouvoir de sanction à l'épreuve des principes constitutionnels. À propos de la censure pour partie de la loi HADOPI », in Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire, B. Teyssié (coord.), Dalloz , 2010, pp. 97-111, spéc. p. 100).

²²⁰³ « Par peine, dans un but didactique, il faut entendre toute sanction liée à une incrimination et prononcée par une juridiction pénale » (P. Poncela, Droit de la peine, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2001, p. 39). Le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu parle de châtement, de sanction (op. préc.).

²²⁰⁴ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC.

²²⁰⁵ V. sur ce dernier point : Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales].

²²⁰⁶ V. L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, J.-L. Mestre, Droit constitutionnel, préc., spéc. n°1379.

²²⁰⁷ Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n°88-248 DC, cons. 35-36 (Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 35 à 42, Rec. p. 18). V. aussi 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, n°97-389 DC, cons. 30 (Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271, Rec. p. 45).

698. Mais comment peut-on définir cette notion²²⁰⁸, notion utilisée pour la première fois dans une décision du 30 décembre 1982 ? Le Conseil ne procède pas à l'énoncé de critères, se contentant de qualifier ou non la mesure en question de sanction ayant le caractère d'une punition afin d'en contrôler le régime²²⁰⁹. Sans se prononcer bien souvent sur l'identification de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition, il s'est prononcé, en revanche, sur celle de peine qui en constitue un avatar²²¹⁰. Il semble qu'elle recoure à un critère organique — le prononcé de la décision par une juridiction — et sur le fait que l'organe se « prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé »²²¹¹. Le Conseil a, par ailleurs, exclu de la notion de peine les mesures de police concernant les étrangers²²¹² ainsi que la rétention judiciaire²²¹³, ou le paiement d'une cotisation en lieu et place des investissements obligatoires que certaines entreprises doivent réaliser²²¹⁴. Ces critères ne peuvent donc être utiles ici.

699. Il semble bien qu'il faille procéder par exclusion pour tracer les frontières de cette notion. En procédant ainsi, on s'aperçoit que le Conseil utilise plusieurs indices pour déterminer l'existence d'une peine : l'intention répressive et l'existence d'un manquement. Par exemple, lorsque la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion instaure un prélèvement sur les organismes d'habitations à loyer modéré, le Conseil rejette l'argumentation des requérants qui soutenaient que ce prélèvement instaurait en réalité en sanction fiscale au motif que ce prélèvement ne constitue pas une sanction ayant le caractère

²²⁰⁸ V. M.-E. Cartier, Les principes constitutionnels du droit répressif, in La Cour de cassation et la Constitution de la République, Colloque des 9-10 décembre 1994, PUAM, 1995, p. 153 et ss. ;

²²⁰⁹ V. par ex. Conseil constitutionnel, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-307 DC, cons. 25-27 (J.O.R.F., 12 mars 1992, p. 3003 ; Rec. p. 48) ; 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, cons. 48-49 (J.O.R.F., 18 août 1993, p. 11722 ; Recueil, p. 224). Ne constitue pas une sanction : 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, n° 84-184 DC (J.O.R.F., 30 décembre 1984, p. 4167 ; Rec. p. 94), spéc. cons. 29 : « Considérant que l'article 82-II n'édicte aucune sanction de caractère pénal, ni même fiscal, lorsqu'il précise que l'exonération d'impôt dont le bénéfice était subordonné à une condition qui n'a pas été remplie fera l'objet d'une reprise ; qu'ainsi le moyen invoqué manque en fait » ; 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, n° 89-268 DC (J.O.R.F., 30 décembre 1989, p. 16498 ; Recueil p. 110), cons. 66 (« l'obligation faite à un contribuable de conserver des documents comptables pendant une durée déterminée ne saurait être regardée comme une "peine" ») et cons. 71 (« la détermination des conditions et délais dans lesquels l'administration fiscale a la faculté, sous le contrôle du juge de l'impôt, de réparer des omissions ou insuffisances d'imposition est sans rapport avec l'édiction d'une peine ») ; 28 décembre 1990, Loi de finances rectificative pour 1990, n° 90-286 DC (J.O.R.F., 30 décembre 1990, p. 10613 ; Recueil p. 107), cons. 22 (les mesures conservatoires ne sont pas des peines) ;

²²¹⁰ V. l'avis sur ce point de M. Van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Revue de science criminelle* 2008 p. 805.

²²¹¹ V. pour la peine de sûreté : Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, n° 86-215 DC, cons. 3 (J.O.R.F., 5 septembre 1986, p. 10788 ; Recueil p. 130) V. par contre sur les modalités pour la différence entre peine et modalités d'exécution des peines : 22 novembre 1978, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, n° 78-98 DC, cons. 4 (J.O.R.F., 23 novembre 1978 ; Recueil p. 33).

²²¹² V. Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, cons. 45 (J.O.R.F., 18 août 1993, p. 11722 ; Recueil, p. 224)

²²¹³ V. Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, cons. 111 et 114 (préc.) ; 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, n° 97-389 DC, cons. 65 et 67 (J.O.R.F., 25 avril 1997, p. 6271 ; Recueil p. 45).

²²¹⁴ V. Décision n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011, SNC Eiffage Construction Val de Seine [Cotisation « 1 % logement »].

d'une punition au car il « n'a pas pour objet de sanctionner le manquement à une obligation fixée par la loi ou le règlement »²²¹⁵. C'est donc bien ici tant l'intention que l'existence d'un manquement qui permet de caractériser la sanction ayant le caractère d'une punition²²¹⁶.

700. De même pour le Conseil constitutionnel, l'intention répressive se distingue de l'intention préventive. L'existence d'une intention préventive irradie tant le droit pénal que le droit administratif répressif. Il s'agit d'un critère cardinal. C'est ce qui transparaît par exemple de la décision sur la rétention de sûreté. Le Conseil affirme en effet que cette décision « repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision. Elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné. Elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité. Ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition. La surveillance de sûreté ne l'est pas davantage »²²¹⁷. De même, si une mesure a pour objet de « prévenir le renouvellement de ces infractions »²²¹⁸, elle est exclue du champ des sanctions ayant le caractère d'une punition. Le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, de la décision sur la rétention de sûreté confirme l'importance du critère préventif : « ce placement [en rétention de sûreté] n'a pas un caractère punitif, car il : — n'est pas prononcé par une juridiction de jugement, n'a aucun caractère disciplinaire, est en relation non avec la culpabilité, mais avec la dangerosité, plus généralement et surtout :

²²¹⁵ V. Conseil constitutionnel, 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, n° 2009-578 DC, cons. 4 (J.O.R.F., 27 mars 2009, p. 5445, texte n°2 ; Rec. p. 73) ; 30 décembre 1987, n°87-237 DC, (J.O.R.F., 31 décembre 1987, p. 15761 ; Rec. p. 63), cons. 15-16 (« l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne en violation des dispositions de l'article L. 111 du Livre des procédures fiscales sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article 92 de la loi de finances pour 1988 édicte une sanction ») ; 17 janvier 1989, n°88-248 DC, préc., cons. 24 à 39 ; 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n°89-260 DC (préc.), cons. 18 (sanctions de la C.O.B.) ; 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, n° 97-395 DC, cons. 37 (J.O.R.F., 31 décembre 1997, p. 19313 ; Recueil p. 333) ; 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, n°2003-489 DC, cons. 11 (J.O.R.F., 31 décembre 2003, p. 22636 ; Recueil p. 487).

²²¹⁶ On retrouve le même raisonnement pour une « majoration du montant de la contribution » dans cette décision : Conseil constitutionnel, 29 juillet 1992, Loi portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, n°92-311 DC, cons. 6 (J.O.R.F., 30 juillet 1992, p. 10261 ; Rec. p. 73). De même, la suppression d'une exonération ne constitue pas une sanction : 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, n°89-268 DC cons. 39, préc..

²²¹⁷ V. Conseil constitutionnel, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°2008-562 DC, cons. 8 à 10 (J.O.R.F., 26 février 2008, p. 3272, texte n°2 ; Recueil p. 89). V. les comm. La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle, La Semaine juridique. Edition générale, 2008 (11), p. 4-6, note B. Mathieu ; Les petites affiches, 20 mars 2008 (58), p. 3-9, note F. Chaltiel ; Actualité juridique droit administratif, 2008 (13), p. 714-716, note P. Jan ; Semaine juridique. Édition générale, 2008 (16), p. 38-41, note J.-P. Feldman ; P. Cassia, « La Constitution malmenée », Esprit, 2008 (344), p. 188-190 ; Dalloz, 2008 (20), p. 1359-1366, note Y. Mayaud ; Les petites affiches, 17 juin 2008 (121), p. 7-12, R. Bousta ; Commentaire, 2008 (122), p. 569-573, note P. Cassia ; Revue du droit public, 2008 (5), p. 1381-1405, note C. Ghica-Lemarchand ; Revue française de droit constitutionnel, 2008 (76), p. 846-881, note W. Benessiano, L. Gay ; Revue administrative, 2009 (367), p. 36-43, note F. Malhière ; Revue de la recherche juridique - Droit prospectif, 2008 (4), p. 2151-2162, note I. Mboup ; Les annales de droit, 2009 (3), p. 231-251, note C. Otéro ; L. Favoreu, L. Philip, Contrôle de proportionnalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 816-827 ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2009 (1), p. 166-172, note B. de Lamy.

²²¹⁸ V. Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-492 DC, cons. 74 et 91 (J.O.R.F., 10 mars 2004, p. 4637 ; Recueil p. 66).

poursuit une visée préventive et non punitive »²²¹⁹. La prévention s'oppose donc bien à la répression et exclut l'application du régime protecteur qui lui est attaché.

701. Le Conseil oppose aussi punition et contrainte. Ainsi, dans une décision concernant le régime de l'astreinte, ces juges considérèrent que « l'astreinte [...] a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition la soumet ; qu'elle ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²²²⁰.

702. Enfin, il faut opposer, toujours en raison de l'intention, punition et réparation : « Si le but d'une mesure n'est pas de punir l'auteur d'un comportement, mais par exemple d'assurer la réparation ou le simple remboursement d'une faute, la mesure ne sera pas qualifiée de sanction ayant le caractère d'une punition »²²²¹. Ainsi, la notion de punition se distingue, tant pour le Conseil d'État que pour le Conseil constitutionnel, des mesures qui ont un caractère réparateur²²²². Le Conseil constitutionnel affirme ainsi qu'il faut distinguer les sanctions des « majorations de droits et intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire »²²²³. De même, le Conseil d'État oppose clairement les sanctions fiscales qui « présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire »²²²⁴. C'est aussi définir *a contrario* la répression : celle-ci doit bien viser à empêcher la réitération des agissements qu'elle vise. La doctrine ne manque d'ailleurs pas de critiquer ces distinctions byzantines²²²⁵ ; toutefois, la difficulté de mettre en œuvre les distinctions ne prive par celles-ci de leur importance pratique.

703. On voit donc que la notion de sanction, qui se caractérise par le prononcé d'une peine, doit être distinguée des mesures préventives, réparatrices, de pure contrainte en droit constitutionnel. Il y a une dialectique complexe entre le critère de la peine et celui de l'intention répressive. L'existence d'une peine est nécessaire, mais elle n'est pas suffisante ou en tout cas la qualification de l'intention pourra, le cas échéant, modifier la nature de la mesure et exclure la présence d'une peine.

²²¹⁹ V. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 24, Commentaire de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, pp. 3-4 ; V. aussi Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 20, Commentaire de la décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, p. 4 où l'importance de ce critère était déjà affirmée.

²²²⁰ V. Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, n° 2003-467 DC, cons. 5 (J.O.R.F., 19 mars 2003, p. 4789 ; Recueil p. 211).

²²²¹ V. J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme » (éléments pour une comparaison), *Revue de science criminelle* 2002 p. 517.

²²²² Ainsi, les mesures fiscales comme les intérêts de retard ont pour finalité de « réparer le préjudice financier subi par la collectivité créancière » (J. Buisson, Créances non fiscales des collectivités publiques, in *Répertoire de contentieux administratif*, juin 2010, n°21 ; I. Chaabouni, La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers : étude comparative des contrôles de l'administration fiscale, des juridictions financières et de l'Autorité des marchés financiers, préc., p. 103, n°159) et ne sont donc pas des sanctions administratives (V. Conseil constitutionnel, n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, Recueil p. 88 ; Conseil d'État, avis, 12 avril 2002, SA Financière Labeyrie, n° 239693, Recueil Lebon p. 137, AJDA 2002. 382, RJF 2002, n° 673, obs. L. Olléon ; Cass., com., 6 oct. 1998, n° 96-19.382, SNC Sofon, RJF 1998, n° 1503).

²²²³ V. Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, n° 82-155 DC, cons. 34 (J.O.R.F., 31 décembre 1982, p.4034 ; Rec. p. 88). V. J. Petit, « L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales (Commentaire de l'avis du Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, M. Guy Houdmond) », RFDA 1997 p. 843.

²²²⁴ V. aussi cet arrêt de la Cour de cassation dans le domaine fiscal : Cass., com., 7 nov. 1989, Directeur général des impôts c. Dalloz, JCP 1990, éd. E, I.19.356.

²²²⁵ V. R. Koering-Joulin, J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », A.J.D.A. 1998, p. 106.

Une autre manière d'identifier la présence d'une peine afin de pouvoir l'appliquer aux mesures des autorités sectorielles à l'étude serait de qualifier la nature des sanctions pour lesquelles le Conseil a jugé qu'il s'agissait bien de sanctions ayant le caractère de punition. Les sanctions en question sont soit privatives de droit (lorsque la punition porte sur l'autorisation), soit pécuniaires. Dans les deux cas, le Conseil a jugé que ce type de sanction avait bien le caractère d'une punition²²²⁶.

La notion de peine, présente en droit français, l'est aussi en droit anglais.

b — En droit anglais

704. En droit de *common law*, la notion de peine a aussi été mobilisée dans le cadre de la jurisprudence sur les obligations procédurales qui pèsent sur les administrateurs. Dans une décision *Labouchere v Earl of Wharncliffe*²²²⁷, les juges ont ainsi affirmé que « dans l'exercice de ses fonctions, l'Administration doit observer la règle exprimée dans l'adage « *Audi alteram partem* », que personne ne peut être condamné en raison d'un manquement passé sans avoir été au préalable entendu, et sans avoir au préalable pu se défendre. Cette prescription n'est pas limitée à l'activité des autorités administratives légalement établies, mais elle est applicable à tout organe ou ensemble de personnes investi d'un pouvoir de décision ayant des conséquences pécuniaires pour les individus »²²²⁸. Ce critère est exprimé dans d'autres jugements²²²⁹. Le caractère de peine est donc aisément qualifié ici par la conséquence de la mesure sur la situation du particulier. D'autres décisions mentionnent les termes condamnation, sans autre précision²²³⁰. Les juges peuvent aussi utiliser plusieurs

2226 V. sur ce point J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle* 1995 p. 505 : « Dans la décision de 1984, le Conseil estime que la sanction privative de droit (C12) doit être regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition. Dans les décisions CSA et COB, le juge constitutionnel relève l'existence de sanctions de nature privative de droit et pécuniaire. En 1992, le Conseil affirme que la sanction pécuniaire, même seule, est une sanction punitive relevant de la sanction ayant le caractère d'une punition. Enfin, dans la décision du 13 août 1993 (sur l'article 14 de la loi), c'est la sanction privative de droit qui est envisagée comme punitive.

²²²⁷ V. 13 Ch. D. 346.

²²²⁸ V. décision préc., Traduction de : « They are bound in the exercise of their functions by the rule expressed in the maxim "Audi alteram partem," that no man should be condemned to consequences resulting from alleged misconduct unheard, and without having the opportunity of making his defence. This rule is not confined to the conduct of strictly legal tribunals, but is applicable to every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals ». Nous avons traduit « *tribunal* » par autorité administrative, il s'agit de l'équivalent, le *tribunal* en droit anglais est l'autorité investie d'un pouvoir de décision. Par contre, plus contestable est la traduction de « *civil consequences* », par conséquences pécuniaires. Cette traduction est justifiée par le contexte.

²²²⁹ V. *Lapointe v L'Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montreal* [1906] A.C. 535, spéc. p. 540 ; *Fullbrook v Berkshire Magistrates Courts Committee* 69 L.G.R. 75 (« albeit the committee was an executive or administrative body, in directing forfeiture of plaintiff's superannuation rights they were acting judicially and taking a decision which penalised him and deprived him of a right; that although they were a body which had power to dismiss without a hearing fairness and natural justice required that they should have heard what plaintiff had to say in explanation and mitigation of his misconduct and in objection to losing the sums he had paid into the superannuation fund, particularly since, under the 1953 Act forfeiture of superannuation was discretionary and not mandatory, and that by refusing him that opportunity they had denied him natural justice »).

²²³⁰ V. *General Medical Council v Spackman* [1943] AC 627, spéc. p. 636 ; *Furnell v Whangarei High Schools Board* [1973] AC 660, spéc. p. 682D ; *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40, spéc. p. 113-114.

indices pour caractériser l'existence d'une peine : la punition d'un manquement, les conséquences négatives sur la situation de la personne²²³¹.

705. La notion de peine connaît donc une élaboration dans la jurisprudence de *common law*, sans toutefois que les critères de la peine soient fixés avec certitude. La Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a aussi travaillé cette notion. Ce droit est d'une importance cardinale, car c'est bien sous les auspices de ce texte que les requérants fondent en général leur demande, entraînant une évolution du droit des sanctions administratives.

c — Le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

706. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut aussi fournir des éléments sur la notion de peine. Il a ainsi été jugé en France que les sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel²²³² et de l'Autorité de régulation des télécommunications²²³³ sont soumises au respect des stipulations contenues à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, venant ainsi rejoindre la liste des autorités qui y étaient déjà soumises. Les sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse²²³⁴, le Conseil de la concurrence²²³⁵ relèvent ainsi de la matière pénale et sont donc soumis aux règles du procès équitable prévues par la Convention²²³⁶. En droit anglais, la question n'a été jugée que concernant les pouvoirs que les autorités sectorielles détiennent pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi,

²²³¹ V. O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237, spéc. p. 276B-C.

²²³² V. Conseil d'État, 29 juill. 2002, Association Radio Deux couleurs, n° 221302 ; AJDA 2003, p. 475, étude J.-P. Thiellay : l'association requérante « n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise sans que le principe des droits de la défense ait été respecté et, de ce fait, en violation des stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales applicables aux décisions statuant sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale au nombre desquelles figure la sanction contestée ».

²²³³ V. Conseil d'État, 28 juill. 2000, n° 199773, Sté Copper Communication, n° 199773, Juris-Data n° 2000-061072. Ici, sans affirmer l'applicabilité le Conseil d'État accepte le moyen et contrôle le respect de l'exigence de l'article 6 § 1 : « Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, la seule présence de Mme Cospérec, collaborateur désigné par le directeur général de l'autorité de régulation des télécommunications pour assister, sans voix délibérative, à la séance du 22 juillet 1998 au cours de laquelle la décision attaquée a été prise, n'a pas constitué un manquement à l'obligation d'impartialité prescrite par les stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

²²³⁴ V. CA Paris, 14 mai 1997, Sté Compagnie générale d'immobilier Georges V et a. c. Agent judiciaire du Trésor : D. 1998, jurispr. p. 137, note M.-L. Niboyet ; Cass., com., 1er déc. 1998, Oury, Juris-Data n° 1998-004629 ; JCP G 1999, II, 10057, note E. Garaud ; Cass., ass. plén., 5 février 1999, COB c. Oury, Bull. civ. AP n° 1, p. 1, Juris-Data n° 1999-000593 ; Gaz. Pal. 24-25 févr. 1999, p. 8, concl. M.-A. Lafortune ; JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou.

²²³⁵ V. CA Paris, 15 juin 1999, SA Canal Plus : JCP G 2000, II, 10254, note J.-C. Fourgoux ; Cass. com., 5 oct. 1999, Campenon Bernard SGE, Juris-Data n° 1999-003372 ; JCP G 2000, II, 10255, note E. Cadou ; Cass. com. 9 oct. 2001, SA Unibéton, Juris-Data n° 2001-011217 ; JCP G 2001, IV, 2870. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la sanction des pratiques anticoncurrentielles appartenait bien à la matière pénale (C.E.D.H., 27 Septembre 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, n° 43509/08, § 42, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2011, comm. 262, note D. Bosco).

²²³⁶ V. aussi les autres autorités administratives indépendantes soumises : le Conseil des marchés financiers (Conseil d'État, Ass., 3 décembre 1999, Didier, Recueil Lebon p. 399) ; la Commission de contrôle des assurances (Conseil d'État, 28 oct. 2002, Laurent Recueil Lebon p. 361, Juris-Data n° 2002-064583 : AJDA 2002, p. 1492, note D. Costa) ; le Conseil de discipline de la gestion financière (Conseil d'État, 31 mars 2004, n° 243579, Sté Etna Finance, Recueil Lebon tables p. 693, Juris-Data n° 2004-066993 ; Conseil d'État, 10 mai 2004, Crédit du Nord, n° 241587, Recueil Lebon tables p. 593 et 692, Juris-Data n° 2004-066797).

Ofcom, agissant en tant qu'autorité de concurrence, est tenu de respecter les stipulations de l'article 6 § 1²²³⁷.

707. Le problème de l'application de ces stipulations aux pouvoirs de sanction dans le cadre de la réglementation des secteurs en réseaux n'a pas été jugé. Les décisions de sanction des autorités sont susceptibles de constituer une accusation en matière pénale. Peuvent-elles aussi donner lieu à des contestations sur des droits et obligations de caractère civil ?

708. La Cour européenne des droits de l'homme a davantage élaboré la notion de matière pénale au sens de l'article 6 § 1. Elle affirme en effet dans l'arrêt « Engel et autres »²²³⁸ du 8 juin 1976 qu'elle utilisera trois critères pour lui permettre d'identifier le caractère pénal d'une mesure. C'est d'abord la qualification de la mesure dans le droit interne de l'État défendeur, dans sa « technique juridique », qui fournit le premier indice de la nature pénale de la mesure. Aux dires de la Cour elle-même, cet élément n'a qu'une « valeur relative »²²³⁹. En revanche « les deux autres sont décisifs »²²⁴⁰. Ensuite, la Cour procède à une analyse intrinsèque de la « nature même » de l'infraction, « à savoir la transgression d'une norme générale ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif »²²⁴¹. Enfin, le degré de sévérité est un argument de poids pour permettre à la Cour d'identifier la nature de la mesure en question. La Cour a eu l'occasion de préciser que ces deux derniers critères sont en principe alternatifs et non cumulatifs²²⁴², sauf dans le cas où l'analyse de chaque critère ne permettrait pas à la Cour d'aboutir à une conclusion certaine, dans ce cas elle se réserve la possibilité d'adopter une « approche cumulative »²²⁴³.

709. Il en est de même pour la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que pour celle du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, le caractère préventif de la mesure suffit pour lui retirer son caractère pénal. La Cour a ainsi pu juger que dans le cas d'une mesure qui « ne présuppose aucun examen ou constat de culpabilité et que son application est totalement indépendante des poursuites pénales qui pourraient être ultérieurement instituées. Le retrait immédiat apparaît comme une mesure préventive de sécurité routière qui vise à retirer

²²³⁷ V. Napp Pharmaceutical Holdings Ltd & Ors v Office of Communications [2002] CAT 1 (15 January 2002), spéc. §92 suiv.. V. aussi concernant l'Office of Fair Trading, Office of Fair Trading v not named [2003] EWHC 1042 (Comm) (14 May 2003)

²²³⁸ V. C.E.D.H., Cour Plénière, 8 juin 1976, Engel et al. c/ Pays-Bas, Série A, n°22, CDE 1978, 364 chron. G. Cohen Jonathan ; JDI, 1978, p. 695 obs. P. Rolland ; Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, préc., n°4 ; C.E.D.H., 21 février 1984, Oztürk c. Allemagne, Série A, n°73, CDE, 1986 p. 212, obs. G. Cohen-Jonathan ; AFDI, 1985 p. 403, 416, obs. V. Cousirat-Coustère ; D. 1986, chron. 27, M. Delmas-Marty ; JDI, 1986, p. 1051, obs. P. Tavernier ; Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., n°24.

²²³⁹ C.E.D.H., 21 février 1984, Oztürk c. Allemagne, préc., §52.

²²⁴⁰ F. Sudre, Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis, Droit à un procès équitable, in JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 6526, spéc. §57.

²²⁴¹ F. Sudre, Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis, Droit à un procès équitable, in JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 6526, spéc. §57.

²²⁴² V. à cet égard C.E.D.H., 22 février 1996, Putz c. Autriche, spéc. § 31. F. Sudre note « qu'en l'espèce, la Cour juge qu'une sanction pécuniaire prononcée pour atteintes au bon ordre de procédures judiciaires relève plus de "l'exercice de prérogatives disciplinaires que de l'imposition de peines du chef d'infractions pénales" (§ 33) et ne revêt pas une sévérité telle qu'elle puisse autoriser à qualifier de "pénales" les infractions en cause » (JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 6526, spéc. § 57).

²²⁴³ V. C.E.D.H., 24 févr. 1994, Bendenoun c. France, spéc. §47 : « Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l'"accusation" litigieuse un "caractère pénal" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), lequel trouvait donc à s'appliquer ».

provisoirement de la voie publique un conducteur qui semble présenter un danger potentiel pour les autres usagers. Il doit être mis en parallèle avec la procédure d'octroi du permis, dont le caractère administratif est indubitable et qui vise à s'assurer qu'une personne réunit les capacités et qualifications nécessaires pour circuler sur la voie publique. Le retrait immédiat s'analyse en une mesure de prudence dont le caractère d'urgence justifie son application immédiate et dans laquelle ne transparaît pas le but de punir »²²⁴⁴.

710. Les sanctions pécuniaires des autorités sectorielles peuvent s'analyser comme des accusations en matières pénales. Qu'en est-il des sanctions portant sur l'autorisation (retrait ou suspension) ? Il est des cas dans lesquels le juge strasbourgeois a jugé qu'un retrait pouvait constituer une sanction rentrant dans le cadre du volet pénal de l'article 6²²⁴⁵. Mais, dans la plupart des cas, la Cour de Strasbourg a contrôlé ces décisions à partir du volet civil de l'article 6 § 1. Les sanctions qui portent sur l'autorisation (la suspension ou le retrait, mais aussi éventuellement la modification) peuvent-elles s'analyser comme des contestations sur des droits et obligations de caractère civil ?

711. La Cour de Strasbourg a en effet jugé dans deux espèces que le volet civil de l'article 6 § 1 trouvait à s'appliquer à la contestation du retrait d'une licence de transport public²²⁴⁶ ou de la révocation d'une licence de débit de boissons alcoolisées²²⁴⁷, donc à des autorisations administratives. Dans la décision Pudas, la Cour considère que les droits que la licence conférait au requérant, constitués par « le maintien de cette dernière [la licence], auquel il prétendait avoir droit, figuraient parmi les conditions de l'exercice de son activité professionnelle. De plus, les services de transport public ne se trouvent pas assurés par un monopole de l'État, mais à la fois par des organes publics et des personnes privées (paragraphe 20 ci-dessus). Dans la seconde hypothèse au moins, les prestations se présentent comme une activité commerciale. Fournies dans un but lucratif, elles reposent sur un rapport contractuel entre le titulaire de la licence et les clients ». La Cour conclut de ces éléments que « la contestation entre M. Pudas et les autorités suédoises avait bien trait à un « droit de caractère civil » ; l'article 6 § 1 s'applique donc en l'espèce »²²⁴⁸.

Mais les décisions de sanctions qui touchent à l'autorisation préalable n'ont pas qu'un effet procédural. Elles ont aussi un effet substantiel pour la Cour, car elle s'analyse en des mesures de réglementation de l'usage des biens.

712. C'est en effet ce qui a été soutenu par des requérants au Royaume-Uni qui contestaient la décision de modification de leur autorisation prononcée par Ofcom²²⁴⁹. Cette décision ne peut s'analyser comme une sanction, mais le raisonnement mis en œuvre, et rejeté par le juge, pourrait s'appliquer au cas de sanction. À cette occasion, le juge Cranston affirme, suivant en

²²⁴⁴ V. C.E.D.H., 28 octobre 1999, Escoubet c. Belgique, n° 26780/95, § 37.

²²⁴⁵ V. par ex. pour le retrait d'un permis de conduire : C.E.D.H., 23 sept. 1998, Malige c/ France, § 39, JCP G 1999, II, 10086, note F. Sudre. V. F. Sudre, « Droit au procès équitable », préc., n°64.

²²⁴⁶ V. CEDH 27 octobre 1987, Pudas c. Suède, série A, n° 125 ; V. aussi CEDH, 23 octobre 1985, Benthem, série A, n° 97

²²⁴⁷ V. CEDH 7 juillet 1989, Tre Traktörer Aktiebolag c. Suede, série A, n° 159, n°10873/84. Ces deux arrêts sont rappelés dans L. Touvet, J.-H. Stahl, « Application du principe de la publicité des audiences issu de l'article 6- 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à la Commission centrale d'aide sociale », AJDA 1994 p. 691 ; Stéphanie Clamens, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDI 2000 p. 767.

²²⁴⁸ V. CEDH 27 octobre 1987, Pudas c. Suède, préc., §37-38.

²²⁴⁹ V. Data Broadcasting International Ltd & Anor R (on the application of) v The Office of Communications [2010] EWHC 1243 (Admin) (28 May 2010)

cela, les jugements de la Cour de Strasbourg, que l'autorisation d'émettre accordée par Ofcom s'analyse comme un bien au sens de la Convention : « Il ne fait aucun doute que les autorisations des sociétés DBI et SA, ainsi que le bénéfice économique et le fonds de commerce dont ils dérivent, sont des biens au sens de l'article » 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention²²⁵⁰.

La Cour considère que les mesures de retrait ne sont pas des privations de propriété, mais des mesures de réglementation de l'usage des biens.

713. Dans l'arrêt *Tre Traktörer contre Suède* du 21 juin 1989 concernant le retrait à un restaurant d'une licence autorisant la vente de boissons alcoolisées, licence non transmissible et révocable selon la législation du pays défendeur, la Cour précise encore son analyse. D'abord, ce que contestait l'État de Suède, une autorisation administrative confère bien un droit au sens de l'article 6 § 1. Ce droit est inféré par la Cour de la nature même de l'autorisation qui confère « sauf révocation — un « droit », sous la forme de la faculté de vendre des boissons alcoolisées »²²⁵¹, ainsi que du cadre légal dans lequel tant l'attribution que la révocation sont assurées. La procédure de révocation est en outre « directement déterminante pour le droit en cause ». Mais le droit en question est-il bien de caractère civil ? La Cour considère que les aspects de droit public attachés à l'autorisation, en l'espèce la protection de l'ordre public, ne suffisent pas à retirer à l'acte son caractère de droit de caractère civil : le retrait a ainsi eu « des incidences négatives sur le fonds de commerce (*goodwill*) et la valeur du restaurant dirigé par TTA. Elle ne doute donc pas que le maintien de la licence, auquel la requérante prétendait avoir droit, figurait parmi les conditions principales de la poursuite de ses activités au « Cardinal » ». De plus, la Cour remarque que « l'État jouit en Suède d'un monopole pour le commerce de gros des boissons alcoolisées, mais il en confie surtout à des personnes et sociétés privées, par l'octroi de licences, la distribution dans les restaurants et les bars [...]. En pareil cas, les intéressés accomplissent une activité commerciale privée, à des fins lucratives et sur la base de contrats entre eux et les clients »²²⁵². De même, mais dans un autre domaine, la Chambre des Lords a considéré qu'une autorisation constituait un bien au sens de cet article²²⁵³.

714. On voit donc que la sanction touchant à l'autorisation entraîne un contrôle approfondi, car non seulement l'atteinte à un droit de caractère civil entraîne l'application des garanties

²²⁵⁰ V. *Data Broadcasting International Ltd & Anor R (on the application of) v The Office of Communications*, préc., §96. Traduction libre de : « There is no dispute that the DBI and SA licences, and the economic benefit and goodwill derived from them, are possessions within the meaning of the Article » 1 of the First Protocol of the ECHR.

²²⁵¹ V. C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, préc., §§ 39-40.

²²⁵² V. C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, préc., § 43. On retrouve la même conclusion dans la décision *Fredin*, dans laquelle était contestée le retrait d'un permis d'extraire du gravier d'une parcelle d'une propriété privée (V. J.-P. Brouant, « Occupations domaniales et convention européenne des droits de l'homme », *AJDI* 2002 p. 512).

²²⁵³ V. *Jain v Trent SHA* [2009] 1 A.C. 853. Le Human rights Act ne pouvait s'appliquer au litige car celui-ci fut constitué avant son entrée en vigueur. Toutefois Lord Scott of Foscote a examiné la question et conclut que : « The benefit of registration of Ash Lea Court under Part II of the 1984 Act, enabling Mr and Mrs Jain to use the property as a nursing home, would, in my opinion, qualify as a possession for Article 1 purposes (see *Van Marle v Netherlands* (1986) 8 EHRR 483 where the goodwill of a business qualified as an Article 1 possession). The Article 1 right to enjoy possessions is, of course, not an unqualified right. It is subject to the State's entitlement to impose limitations where other important interests are at stake. The State is plainly entitled in the public interest to impose limitations for the purpose of safeguarding vulnerable people, such as elderly and infirm residents in nursing homes »

procédurales de l'article 6 § 1²²⁵⁴, mais de surcroît l'atteinte à un bien protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel déclenche un contrôle de proportionnalité de la mesure.

715. Les sanctions des autorités de régulation sont donc concernées tant par le volet pénal que par le volet civil de l'article 6 § 1. Elles sont en outre contrôlées au regard de l'atteinte aux biens que la Convention protège au même titre.

716. Les sanctions administratives sont donc caractérisées par le prononcé d'une peine, dont la définition précise n'est pas aisée, aussi bien en France qu'au Royaume-Uni. La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé un certain nombre de critères pour caractériser la peine au sens de l'article 6 § 1 mais il n'est pas sûr que l'ensemble des mesures dont disposent les autorités sectorielles réponde à ces critères. Ainsi, les autorités sectorielles ont des pouvoirs qui touchent à l'autorisation préalable (ou à la déclaration préalable dans le cas des communications électroniques) et que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pourrait contrôler dans le cadre du volet civil de l'article 6 § 1 et des dispositions protégeant les biens. Aussi le régime des différentes sanctions pourrait-il être relativement différent. Un dernier critère permet d'identifier la sanction administrative : la définition d'un manquement.

D — Le manquement

L'étude du manquement a une importance à plusieurs titres. D'une part, il est nécessaire d'identifier précisément la source du manquement, car, par exemple, quand elle émane du droit de l'Union européenne, elle emporte l'application spécifique des principes que ce droit consacre. De plus, la source du manquement manifeste aussi la spécificité de la fonction répressive des autorités de régulation : le manquement a souvent sa source dans une mise en demeure (1). D'autre part, les caractères des manquements doivent être établis, car la jurisprudence a pu imposer certaines obligations en la matière (2).

I — La source du manquement

717. L'étude de la source du manquement permet d'identifier plusieurs caractéristiques. D'abord, ces manquements apparaissent comme ayant leur source en droit de l'Union européenne (a). Aussi, obéiront-ils aux principes dégagés par la Cour de justice quant à l'exécution de ce droit. Ceci distingue ainsi le régime des sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel ou d'Ofwat en Angleterre de celui des autorités sectorielles imposées par le droit de l'Union européenne. Ensuite, la source du manquement est notable à un autre titre : le manquement dans les secteurs étudiés tient sa source directe, souvent, dans la mise en demeure, c'est elle qui va préciser le manquement et lui conférer sa légalité (b). Ceci distingue nettement les sanctions des autorités sectorielles de celles des autorités générales de

²²⁵⁴ V. P. Lagarde, « L'absence de motivation d'une décision de rejet d'une demande de naturalisation n'est pas contraire à la Conv. EDH Conseil d'État (2e et 6e sous-sect.). - 7 juillet 1995, M'Baye », *Revue critique de droit international privé* 1996 p. 83 : « L'article 6 a ainsi été déclaré applicable au contentieux des autorisations administratives, qu'il s'agisse de litiges relatifs à leur retrait (v. pour une autorisation municipale de mise en service d'une installation de vente de gaz de pétrole liquéfié, 23 oct. 1985, aff. Benthem, série A, n° 97, Clunet 1986. 1089, obs. Rolland ; pour une licence de taxi, aff. Pudas, 27 oct. 1987, série A, n° 125, Clunet 1988. 877, obs. Tavernier ; pour une licence de délivrance de boissons alcoolisées, aff. The Traktörer, 7 juill. 1989, série A, n° 159, Clunet 1990. 732, obs. Tavernier) ou à leur octroi (v. pour une autorisation de décharge industrielle, aff. Zander c. Suède, 25 nov. 1993, série A, n° 279-B, Clunet 1994. 823) ».

concurrence ou des autorités boursières. C'est aussi une source très nette d'inefficacité puisque, comme le remarque René Chapus, ce régime induit cette « conséquence déconcertante que le premier manquement n'est pas susceptible de sanction »²²⁵⁵.

a — Le droit de l'Union européenne source du manquement

718. Lorsque le manquement constitue un manquement aux obligations imposées par le droit de l'Union européenne, le régime de la sanction s'en trouve influencé. Même si, comme le remarque Loïc Azoulay, « l'exécution est le grand impensé du droit de la Communauté et de l'Union »²²⁵⁶, il a une influence sur l'économie du système répressif des autorités sectorielles.

719. La caractéristique du droit de l'Union européenne est en effet de dépendre, pour son exécution, des droits nationaux, en dehors des pratiques anticoncurrentielles dont la répression appartient à la Commission. En raison de l'autonomie institutionnelle des États membres, le droit de l'Union européenne dépend donc des règles des droits nationaux pour être effectif²²⁵⁷. Cette autonomie institutionnelle est complétée par une autonomie procédurale : aussi, les États membres sont-ils seuls compétents pour mettre en place les mécanismes d'exécution du droit de l'Union européenne. « En l'absence de réglementation communautaire, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre, non seulement de désigner les juridictions compétentes, mais aussi de définir les modalités procédurales destinées à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire »²²⁵⁸. Les États membres sont donc compétents pour déterminer les organes et les procédures adaptés pour exécuter le droit de l'Union européenne²²⁵⁹. La Communauté est dépendante des États membres non seulement pour la mise en œuvre, mais aussi pour la surveillance, le contrôle et la sanction des obligations qu'elle institue²²⁶⁰.

720. Toutefois, cette compétence exclusive n'emporte pas une liberté illimitée. La Commission, particulièrement dans les domaines des communications électroniques et de l'énergie, surveille cette mise en œuvre. Les autorités réglementaires nationales sont à ce titre soumises à des obligations d'information et de communication de décisions à la Commission. De surcroît, la Commission dispose de pouvoirs autonomes pour vérifier le respect des objectifs qu'elle a la charge de surveiller.

Quelles sont les conséquences juridiques du manquement dont la source est le droit de l'Union européenne ?

²²⁵⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, préc., n°1354-2°, p. 1174.

²²⁵⁶ V. L. Azoulay, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, ss la dir. de J. Dutheil de la Rochère, Centre de droit européen Paris, Bruylant, Coll. *Droit de l'Union européenne*, Colloques, tome 7, 2009, spéc. p. 1.

²²⁵⁷ V. J. Rideau, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Ann. français de droit international*, 1972, pp. 864-903

²²⁵⁸ V. M. Hindré-Guéguen, *Responsabilité (des États membres)*, Répertoire de droit communautaire, 2006 (dernière mise à jour : avril 2010).

²²⁵⁹ V. P. Haapaniemi, « Procedural Autonomy: a Misnomer? » in *Europeanization of procedural law and the new challenges to fair trial*, ed. by L. Ervo, M. Gräns, A. Jokela, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, pp. 89-121.

²²⁶⁰ V. J.A.E. Vervaele, « Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions? » in J.A.E. Vervaele (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, pp.161-202.

721. La première conséquence juridique se situe au niveau du régime des sanctions lui-même. Il est en effet constant que les sanctions du droit de l'Union européenne doivent être effectives, proportionnées et dissuasives²²⁶¹. Ce triptyque signifie d'abord que les sanctions doivent produire un effet, le droit national ne doit pas avoir pour effet de paralyser l'exécution du droit de l'Union européenne en rendant impossible l'exercice des droits reconnus par les directives²²⁶². Le principe de proportionnalité, principe général du droit de l'Union européenne²²⁶³, impose ensuite une limite à la sévérité des sanctions. Ce principe est redondant en France, car il s'agit d'une exigence constitutionnelle. En droit anglais en revanche, où le contrôle de proportionnalité n'est pas fermement établi²²⁶⁴, cette condition a une importance notable. Enfin, la sanction doit être suffisamment dissuasive. D'ailleurs, les directives dans les secteurs des services publics en réseau reprennent ces exigences²²⁶⁵.

722. La seconde conséquence réside dans le contrôle juridictionnel opéré. Puisque le droit de l'Union européenne est en jeu, les juridictions nationales pourront appliquer les principes dégagés par la Cour de justice. Par exemple, le principe de sécurité juridique pourra trouver à s'appliquer de même que le contrôle de proportionnalité. Le droit national doit aussi prévoir un recours adapté et surtout effectif pour sanctionner les manquements au droit de l'Union européenne.

Les directives établissent deux types de manquements.

723. Les directives énoncent d'abord un manquement général, susceptible de couvrir l'ensemble des hypothèses de manquement aux dispositions obligatoires contenues dans les directives. Elles disposent ainsi que les États membres doivent prévoir des sanctions pour éviter les « violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et des directives particulières »²²⁶⁶. De même, la directive « électricité » prévoit un manquement aux « obligations qui [...] incombent [aux entreprises d'électricité] en vertu de la présente directive ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation ou de l'agence ». La directive crée donc un manquement très large à l'ensemble des dispositions tant générales que particulières qui régissent le secteur, afin de rendre cette réglementation effective.

²²⁶¹ V. C. Haguenau-Moizard, « Sanction nationale du droit communautaire : "Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives" », préc., spéc. pp. 205-224. V. C. Haguenau-Moizard, *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Collection de droit international, n°30, 1995, spéc. pp. 373 suiv..

²²⁶² V. C. Haguenau-Moizard, « Sanction nationale du droit communautaire : "Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives" », préc., p. 211. V. not. C.J.C.E., 5 mars 1980, Ferwerda, aff. 265/78, Rec., 617.

²²⁶³ V. C.J.C.E., 20 février 1979, Buitoni, aff. 8/77, Rec. 1495.

²²⁶⁴ V. les dev. de P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 623 suiv.. Le contrôle de proportionnalité a été rejeté par la Chambre des Lords. Paul Craig montre que, toutefois, les juges en ont fait parfois application sans le dire.

²²⁶⁵ V. par ex. l'article 21 bis modifié : « Les sanctions ainsi prévues doivent être appropriées, effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient ces dispositions à la Commission au plus tard le 25 mai 2011 et lui notifient, sans délai, toute modification ultérieure concernant ces dispositions » (directive 2002/21/CE, dite cadre). V. l'article 37-4-d de la directive 2009/72/CE (électricité).

²²⁶⁶ V. l'article 21 bis modifié de la directive 2002/21/CE, dite cadre.

724. À un degré moindre de généralité, les textes européens, comme la directive dite « autorisation », prévoient la possibilité d'incriminer le non-respect des obligations contenues dans l'autorisation²²⁶⁷.

725. Les directives peuvent aussi contenir des manquements précis. À cet égard, les directives du paquet télécom, dans leur dernière version, contiennent d'une part un manquement relatif aux obligations d'informations²²⁶⁸ et d'autre part, une infraction que la directive qualifie de « manquements graves et répétés »²²⁶⁹ qui peut entraîner le retrait de l'autorisation d'exercer. Les autres directives prévoient aussi des manquements spécifiques : par exemple dans le domaine de l'électricité, les comportements discriminatoires du gestionnaire de réseau²²⁷⁰.

726. L'économie des directives est donc duale : elles confèrent d'une part un pouvoir d'incrimination générale afin d'assurer l'effectivité des dispositions nationales de transposition et des décisions des autorités sectorielles ; d'autre part, elles prévoient des incriminations spécifiques qui correspondent aux pratiques particulièrement dommageables au secteur, comme les comportements discriminatoires.

b — La source directe du manquement en droit national : la mise en demeure

En France, cette source directe a d'abord été établie par les juges (le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État).

727. Le premier a en effet jugé dans la décision concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel que : « Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements. En l'espèce, les pouvoirs de sanctions dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne sont contraires ni à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ni à l'article 34 de la Constitution. En effet, ces pouvoirs ne sont susceptibles de s'exercer qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter leurs obligations, et

²²⁶⁷ V. l'article 10-2 de la directive 2002/20/CE : « 2. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale constate qu'une entreprise ne respecte pas une ou plusieurs des conditions dont peuvent être assortis l'autorisation générale ou les droits d'utilisation, ou des obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, elle en informe l'entreprise et lui donne la possibilité d'exprimer son point de vue dans un délai raisonnable ». Le § 3 prévoit, lui, les sanctions disponibles. V. aussi l'article 37-4-d de la directive 2009/72/CE (électricité) : cette directive ajoute une incrimination, le non-respect d'une décision contraignante de l'autorité réglementaire nationale par le gestionnaire de réseau.

²²⁶⁸ Article 10-4 de la directive dite autorisation : « les États membres habiliter l'autorité compétente à imposer, s'il y a lieu, des sanctions financières aux entreprises qui n'ont pas respecté l'obligation d'information prescrite par l'article 11, paragraphe 1, point a) ou b), de la présente directive et par l'article 9 de la directive 2002/19/CE (directive "accès") dans un délai raisonnable fixé par l'autorité réglementaire nationale ». Le présent vaut ici impératif.

²²⁶⁹ V. l'article 10-5 de la directive dite autorisation : « 5. En cas de manquements graves ou répétés aux conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation ou aux obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, lorsque les mesures destinées à garantir le respect des conditions et visées au paragraphe 3 du présent article ont échoué, les autorités réglementaires nationales peuvent empêcher une entreprise de continuer à fournir des réseaux ou des services de communications électroniques ou suspendre ou lui retirer les droits d'utilisation ».

²²⁷⁰ V. l'article 37-5-a de la directive 2009/72/CE (électricité).

faute pour les intéressés de satisfaire à ces obligations. En outre, les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont seulement celles résultant des termes de la loi ou celles dont le ressort est expressément imposé par la décision d'autorisation »²²⁷¹. Lu seul, ce paragraphe fait de la mise en demeure une garantie procédurale, une faculté. Mais le Conseil d'État va en faire une lecture plus constructive et va faire jouer à la mise en demeure un rôle beaucoup plus profond. Selon les termes de Patrick Frydman, commentés par Christine Maugué et Laurent Touvet, « s'intercalant entre les faits et leur sanction, [la mise en demeure] est appelée à jouer, *mutatis mutandis*, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du Code pénal, en tant que celui-ci définit l'infraction ». Aussi, « Les sanctions pécuniaires infligées aux chaînes publiques de télévision par le C.S.A. doivent nécessairement être précédées d'une mise en demeure », juge le Conseil d'État en 1994²²⁷².

728. Suivant ces principes, le législateur fera par la suite de la mise en demeure un préalable nécessaire et le fondement du pouvoir de sanction des autorités sectorielles. C'est ce qu'un observateur autorisé, Ivan Luben, remarque pour l'Autorité de régulation des télécommunications en 1996 : « De fait, la disposition législative unique, l'article L. 36-11 du Code des postes et télécommunications, qui définit ce pouvoir de sanction, a pris acte, en les inscrivant dans le droit positif, de certaines solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence, telle que la nécessité d'une mise en demeure préalable à la sanction ou d'un recours de pleine juridiction »²²⁷³.

729. On remarque qu'en effet dans tous les secteurs le « Code pénal » de la sanction administrative est bien la mise en demeure²²⁷⁴, sauf dans certains cas spécifiques et limités de manquement aux obligations d'informations²²⁷⁵ ou de non-respect de la décision de règlement des différends²²⁷⁶.

730. La même règle ne prévaut plus dans tous les secteurs au Royaume-Uni aujourd'hui. Elle était de mise dans toutes les lois sectorielles au départ, sans pourtant que cette obligation soit imposée par les juridictions. Dans le domaine des communications électroniques, le pouvoir

²²⁷¹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, § 37-38.

²²⁷² V. Conseil d'État, Assemblée, 11 mars 1994, n° 115052, La Cinq, AJDA 1994 p. 402

²²⁷³ Ivan Luben était à l'époque Chef du service juridique de l'Autorité de régulation des télécommunications. V. « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », AJDA 2001 p. 121.

²²⁷⁴ V. article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 pour le C.S.A. : « Si la personne faisant l'objet de la mise en demeure ne se conforme pas à celle-ci, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes » ; l'article 5-3-2° du C.P.C.E. pour l'A.R.CE..P. dans le domaine postal : « 2° Lorsque l'intéressé ne se conforme pas dans le délai fixé à une décision prise en application de l'article L. 5-4 ou L. 5-5 ou à la mise en demeure prévue au 1°, ou fournit des renseignements incomplets ou erronés, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut prononcer, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes » ; l'article L. 36-11-2° est encore plus clair à cet égard : « 2° Lorsqu'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L. 36-8, à la mise en demeure prévue au 1° du présent article ou aux obligations intermédiaires dont elle est assortie l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut prononcer à son encontre une des sanctions suivantes » ; V. l'article 40-1 de la loi du 10 février 2000 concernant le CoRDIS : « Lorsque l'intéressé ne se conforme pas dans les délais fixés à cette mise en demeure, la commission peut prononcer à son encontre, en fonction de la gravité du manquement » ; l'article 17-1 du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F. est rédigé dans les mêmes termes que pour le CoRDIS.

²²⁷⁵ V. l'article 5-3-2° du C.P.C.E.

²²⁷⁶ V. pour le règlement des différends la disposition dans le domaine postal préc. qui vise les articles L. 5-4 ou L. 5-5 qui sont les articles relatifs au règlement des différends ; V. l'article L. 36-11-2° qui vise l'article L. 36-8 ;

répressif ne peut être exercé qu'en raison du non-respect de la mise en demeure²²⁷⁷. Dans les autres secteurs en revanche le pouvoir de sanction peut être utilisé sans mise en demeure même si les textes en laissent la possibilité²²⁷⁸. Dans le domaine audiovisuel, la loi impose à Ofcom d'établir un code de l'audiovisuel que les chaînes ont l'obligation de respecter, cette obligation est contenue dans leur autorisation et Ofcom peut sanctionner directement les manquements à ce code.

731. Le cas français a une conséquence pratique, la première infraction ne sera pas sanctionnée, ce qui signifie aussi que les autorités sectorielles ne peuvent sanctionner les infractions passées. Ainsi, certaines décisions de non-lieu de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peuvent s'expliquer par cette faiblesse lorsque l'entreprise en infraction décide de changer sa conduite²²⁷⁹.

La source du manquement a donc une importance à un double titre : lorsque celle-ci provient du droit de l'Union européenne, le régime juridique de la sanction peut se trouver influencé ; lorsque celle-ci est dans la mise en demeure (ce qui est de moins en moins le cas au Royaume-Uni), l'efficacité de la répression peut s'en trouver atténuée. L'étude des sources du manquement doit être complétée par celle de ses caractères.

2 — *Les caractères du manquement*

Non seulement le manquement doit être nécessairement limité (a), il doit en outre être défini de manière suffisamment précise (b). Les manquements sont aussi des manquements objectifs (c).

²²⁷⁷ V. l'article 96 du Communications Act de 2003. Cet article établit d'abord que la sanction ne peut intervenir qu'après mise en demeure ou notification. Cette mise en demeure est prévue à l'article 94. Ce n'est que si l'entreprise n'obtempère pas à la mise en demeure qu'Ofcom peut mettre en œuvre son pouvoir de sanction. L'article 96 dispose ainsi : « Penalties for contravention of conditions (1) This section applies where— (a) a person ("the notified provider") has been given a notification under section 94; (b) OFCOM have allowed the notified provider an opportunity of making representations about the matters notified; and (c) the period allowed for the making of the representations has expired. (2) OFCOM may impose a penalty on the notified provider if he— (a) has, in one or more of the respects notified, been in contravention of a condition specified in the notification under section 94; and (b) has not, during the period allowed under that section, taken the steps OFCOM consider appropriate— (i) for complying with the notified condition; and (ii) for remedying the consequences of the notified contravention of that condition ».

²²⁷⁸ Dans le domaine énergétique, l'article 27A du Electricity Act pourrait laisser penser que le pouvoir de sanction ne nécessite pas de mise en demeure ; mais le déclenchement de ce pouvoir est soumis au respect de l'article 27C qui dispose que si une mise en demeure n'a pas d'abord été adressée au contrevenant, l'autorité ne peut sanctionner les manquements que dans les douze mois suivant celui-ci, à moins qu'avant l'expiration de cette période, l'Autorité n'ait notifié son intention de sanctionner l'entreprise en cause. Dans la pratique les textes pris par Ofgem montrent qu'il suffit que celui-ci soit convaincu qu'une entreprise ait commis un manquement pour que le pouvoir de sanction puisse être déclenché (v. Ofgem, Financial Penalties, The Process, February 2003 ; Ofgem, Utilities Act Statement of policy with respect to financial penalties, October 2003) ; V. annexe 7 (§ 6) du Postal Services Act de 2011 ; l'article 57 A du Railways Act de 1993 prévoit les deux possibilités (un pouvoir de sanction pour réprimer un manquement et un pouvoir de sanction pour non-respect de la mise en demeure).

²²⁷⁹ V. par ex. la décision de non-lieu de l'ARCEP du 18 juin 2009, Saisine de l'AFORST contre France Télécom. La décision de non-lieu est motivée ainsi : « Après examen de l'ensemble des éléments comptables disponibles et eu égard aux modifications tarifaires effectuées par France Télécom, le directeur général de l'Autorité a clos la procédure en constatant le non-lieu à poursuivre l'instruction conformément aux dispositions du règlement intérieur de l'Autorité ». De toute façon, France Télécom ayant modifié son comportement, que pouvait faire l'A.R.C.E.P. puisqu'elle ne peut sanctionner qu'après une mise en demeure restée infructueuse ?

a — Le caractère limité des manquements : une exigence constitutionnelle en France

732. Le caractère limité du manquement est en effet une exigence constitutionnelle en France, car le pouvoir de sanction des autorités sectorielles est nécessairement limité. Le pouvoir de sanction ne peut être conféré par le législateur que « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »²²⁸⁰. Aussi le Conseil constitutionnel note-t-il, à l'occasion du contrôle du pouvoir dévolu à l'Autorité de régulation des télécommunications : « qu'il résulte de cette disposition que les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service sont celles liées à l'application du code des postes et télécommunications et des autorisations données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications ; que la loi n'a pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à des législations d'une autre nature »²²⁸¹. Aussi, appliquant cette prohibition et mettant en œuvre ses obligations légales, cette instance refuse-t-elle de sanctionner les manquements à des législations distinctes²²⁸², ou au Code pénal²²⁸³. Cette exigence ne se retrouve pas au Royaume-Uni. Néanmoins, cette exigence se déduit du principe de légalité et interdirait à une autorité administrative de sanctionner un manquement à une autre législation.

Le manquement doit donc être limité, il doit aussi être précis.

b — La précision du manquement

733. Comme le remarquent Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, « Quant à la nature du comportement incriminé on observe [...] que le degré de précision de l'incrimination est généralement plus faible en matière administrative, ce qui s'explique en partie par l'atténuation en la matière de principe de légalité »²²⁸⁴. Si cette affirmation semble exacte concernant les secteurs à l'étude, on remarque toutefois que la précision de la définition de l'incrimination est peut-être davantage respectée en Angleterre qu'en France. Les textes français définissent l'incrimination de manière assez large. La mise en demeure concerne en général « les textes législatifs et réglementaires »²²⁸⁵ et l'autorisation et parfois

²²⁸⁰ V. Décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, n°88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 27 ; V. aussi décision n°2000-433 DC, du 27 juillet 2000, cons. 50.

²²⁸¹ V. Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996, cons. 16 et 17.

²²⁸² V. par ex. Décision n° 00-201 du 8 mars 2000 rejetant une demande de la société EDDITEC tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications.

²²⁸³ V. Décision n° 00-200 du 8 mars 2000 rejetant la demande de la société Informatique et Télématique tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de XTS Network. L'ARCEP a décidé à cette occasion que « l'existence des dispositions législatives spécifiques précitées instituant des sanctions pénales et visant à faire respecter l'obligation, telle que définie aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications, de détenir une autorisation afin d'établir un réseau ouvert au public et de fournir au public le service téléphonique a ainsi pour conséquence que l'Autorité ne peut prononcer une sanction pécuniaire pour une telle méconnaissance des dispositions législatives des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications ». V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, *Communications électroniques (Contentieux des)*, n°116, in *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*.

²²⁸⁴ V. M. Delmas-Marty, Catherine Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, op. préc., p. XX.

²²⁸⁵ V. l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 pour le C.S.A. V. aussi l'article L. 5-3-1 du C.P.C.E. et l'article L. 36-11 ; l'objet est en revanche mieux défini dans les dispositions relatives au pouvoir de sanction du CoRDIS et de l'A.R.A.F. : dans ces deux derniers cas, ce sont les obligations relatives notamment à l'accès qui font l'objet d'une incrimination.

des principes législatifs très généraux²²⁸⁶. En droit anglais en revanche, seuls les principes contenus dans l'autorisation (dans le domaine des communications électroniques l'autorisation générale²²⁸⁷) ou un code visé par la loi sont susceptibles d'être sanctionnés. Mais cette imprécision est supplée en France par l'utilisation obligatoire de la mise en demeure.

Limité, précis, le manquement est aussi, en général, objectif.

c — L'objectivité du manquement

Le manquement est en outre un manquement objectif, les textes ne font jamais référence à l'intention de l'auteur de commettre le manquement, ce qui est d'ailleurs conforme aux conclusions de Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly concernant la répression administrative²²⁸⁸.

Conclusion du § 1

Dans les ordres juridiques anglais et français ainsi que dans celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la sanction administrative occupe une place importante. Néanmoins, la recherche de critères acceptables en droit comparé s'est heurtée à l'absence d'études doctrinales sur le sujet dans le système de *common law*. Le fait que la doctrine n'ait pas systématisé la notion ne signifie pas qu'elle n'existe pas dans la jurisprudence. Les décisions des juges anglais relatives aux droits de la défense permettent de manifester l'existence d'une catégorie de décisions dont le prononcé doit être encadré par le respect de certaines garanties procédurales. Cette catégorie a toutefois tendance, en droit anglais, à être plus large que les sanctions administratives en droit français pour inclure l'ensemble des décisions qui portent atteinte à un droit.

Malgré cette différence, une catégorie de décisions peut être identifiée et surtout, les sanctions des autorités sectorielles peuvent y être rattachées. Les critères d'identification de la sanction administrative sont de plusieurs ordres. Au-delà du fait que la mesure doit être une décision administrative, plusieurs éléments doivent être réunis.

La mesure doit dans un premier temps avoir un caractère répressif. L'existence de mesures ayant un motif essentiellement préventif peut suffire à lui refuser l'application de garanties procédurales. Le critère du caractère préventif d'une mesure joue dans l'ensemble des systèmes juridiques anglais, français et européen.

Dans un second temps, la mesure doit comporter l'infliction d'une peine. Cette notion est difficile à appréhender, et ce d'autant plus que souvent les juridictions peuvent recourir à l'existence d'une intention répressive pour définir la peine, comme le Conseil constitutionnel français. La Cour européenne des droits de l'homme utilise d'ailleurs aussi ce critère. Les

²²⁸⁶ V. l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 pour le C.S.A. qui renvoie aux articles 1er et 3-1 qui définissent des principes généraux que le secteur doit respecter (liberté, dignité de la personne humaine, etc.).

²²⁸⁷ V. article 96 du Communications Act de 2003.

²²⁸⁸ V. « En matière administrative, la tendance dominante est de se contenter d'une simple faute matérielle, soit parce que le texte incriminateur n'a rien précisé au sujet de la faute, soit parce qu'il est clairement prévu que l'existence d'une intention délictueuse, mauvaise foi véritable, transforme l'infraction en délit correctionnel » (V. Punir, sans juger, op. cit.).

deux juridictions utilisent donc l'intention répressive, et l'existence d'un manquement pour qualifier la peine. En droit anglais en revanche, c'est la conséquence de la décision sur la situation du particulier qui peut permettre de qualifier la décision.

Dans un troisième temps, la sanction administrative doit comporter la définition d'un manquement. L'étude de la source du manquement est d'importance, car elle permet d'abord de définir au plus près le régime juridique de la sanction et qu'il peut permettre de manifester une spécificité. En effet, lorsque la sanction procède d'un mécanisme d'autorisation préalable, le manquement est bien souvent défini dans la mise en demeure (ce qui est d'ailleurs moins le cas en droit anglais).

Mais la sanction administrative peut aussi être remplacée par le prononcé de mesures alternatives. Le développement des décisions d'engagement, développement moins prononcé dans les secteurs en réseau, implique d'en établir la définition.

§ 2 — Les alternatives à la répression

734. On observe en pratique un recours important par les autorités sectorielles à des modes coercitifs plus souples. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel utilise par exemple de nombreuses actions qu'il appelle des « interventions » auprès des chaînes lorsque celles-ci faillissent à leurs devoirs. Le contenu de ces décisions révèle la présence d'une véritable injonction « de ne pas répéter »²²⁸⁹ telle action. Il semble que ces interventions, à la différence des mises en demeure, ne soient pas publiées au journal officiel. De même, Ofcom choisit parfois de ne pas prononcer de sanction et préfère « prendre acte » de l'infraction, laquelle sera prise en compte à l'occasion du renouvellement de la candidature de la chaîne à l'attribution d'une autorisation²²⁹⁰. Ces autorités ne recourent donc pas à la sanction de manière automatique. L'utilisation de l'engagement est à cet égard exemplaire.

735. Les autorités sectorielles au Royaume-Uni, en dehors des pouvoirs qu'elles tiennent de la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles, ne disposent pas du pouvoir d'accepter des engagements. Ce pouvoir n'a pas non plus été attribué expressément à ces autorités en France : pourtant, il fait partie d'une pratique ancienne du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

736. Il est en effet notable qu'en pratique, le Conseil d'État accepte que le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'entame pas une procédure répressive si la chaîne visée a souscrit un engagement « en compensation [à] des manquements à ses obligations de diffusion ». Le Conseil d'État juge à cette occasion que l'autorité « pouvait sans erreur de droit tenir compte, pour décider de ne pas engager une procédure de sanction à l'encontre de la société TFI en raison du manquement commis en 1994 à ses obligations de diffusion d'œuvres européennes, de l'engagement de cette société d'effectuer en 1995, en sus de ses obligations légales, des commandes d'œuvres européennes et d'expression originale française d'un montant de 15,5 millions de francs ; que, dans ces conditions, la décision de ne pas engager la procédure de sanction n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, entachée d'une erreur manifeste

²²⁸⁹ V. par ex. Décisions du CSA, « Épisode des Simpson sous-classifié : intervention auprès de W9 », Assemblée plénière du 2 février 2011.

²²⁹⁰ V. Broadcast Bulletin, Issue number 177, 07/03/11, décision concernant Bangla TV.

d'appréciation »²²⁹¹. De même, on constate qu'en pratique, le Conseil supérieur de l'audiovisuel décide ainsi de clore une procédure de sanction en acceptant les engagements d'un opérateur. Ces engagements sont insérés dans la convention de l'opérateur et sont donc obligatoires et surveillés par le Conseil en tant que tel²²⁹². Cette pratique est acceptée par le juge administratif.

737. La notion d'engagement n'a pas fait l'objet d'une définition précise en droit administratif et en particulier dans le cadre de la théorie générale des actes administratifs²²⁹³. L'engagement est difficile à saisir pour en donner une définition précise. Les caractéristiques disponibles manifestent toutefois quelques caractères saillants qui permettent d'en faire une définition dans ce cadre limité.

738. Il s'agit d'abord d'un procédé de réglementation. Les engagements souscrits, consentis par la personne poursuivie sont insérés dans la convention et sont donc obligatoires en tant que tels. La présence d'une convention pourrait faire penser au caractère contractuel de la mesure. Mais le Conseil d'État, amené à statuer sur la nature de ces conventions liant le Conseil supérieur de l'audiovisuel aux services de radio et de télévision, a conclu à son caractère unilatéral. Saisi d'un recours d'un exploitant de service radiophonique contre un avenant à sa convention, le juge du Palais Royal a admis la recevabilité d'un tel recours²²⁹⁴. Le commissaire du gouvernement Mme Hubac affirme ainsi dans ses conclusions que « Malgré l'introduction d'une convention, ce régime nous paraît juridiquement être demeuré, avant comme après 1989, un régime d'autorisation unilatérale bien davantage qu'un régime proprement contractuel. La novation réside en ce que cette autorisation est désormais précédée d'un mode d'élaboration concertée et incorpore des prescriptions négociées ». Ainsi, la modification des conditions d'élaboration de l'acte ne modifie en rien sa nature, car une fois l'autorisation accordée et la convention négociée, « la convention acquiert la nature de conditions dont est assortie la délivrance d'un acte unilatéral ». La commissaire appuie son argumentation de plusieurs arguments supplémentaires : l'absence d'existence autonome de la convention qui n'est qu'un « accessoire » de l'autorisation ; l'existence douteuse d'une véritable négociation de certaines prescriptions de la convention. Au total, l'avis du commissaire Hubac, auquel le Conseil d'État semble s'être rangé est que l'intention du législateur était « alors d'emprunter au droit des contrats un certain nombre de ces éléments subjectifs (discussion préalable, engagement *intuitu personae* du candidat sur un cahier des charges dont il a négocié et donc accepté certaines prescriptions, maintien d'une concertation dans le cours de l'exécution de l'autorisation) pour les verser en quelque sorte au régime de l'autorisation individuelle, mais non de placer les titulaires de ces autorisations sous un régime proprement contractuel ». Didier Chauvaux ajoute qu'il serait d'ailleurs « Il serait d'ailleurs difficile de définir l'objet du contrat, l'exploitant ne fournissant aucune prestation à

²²⁹¹ V. Conseil d'État, 6 avril 1998, Union syndicale de la production audiovisuelle, n° 173291 (inédit). V. A.J.D.A., 1998, p. 729, concl. D. Chauvaux.

²²⁹² V. Conseil supérieur de l'audiovisuel, Assemblée plénière, 3 février 2010, Tiji et Canal J : clôture de la procédure de sanction : « À la suite des engagements pris, en janvier 2010, par la société Canal J, editrice des chaînes Canal J et Tiji, le Conseil a clos la procédure de sanction engagée le 7 juillet 2009 à son encontre pour méconnaissance de ses obligations de contribution au développement de la production d'oeuvres audiovisuelles indépendantes au cours de l'exercice 2008 ».

²²⁹³ La seule thèse est une thèse de droit privé : G. A. Sofianatos, Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec, préc..

²²⁹⁴ V. Conseil d'État, Ass., 8 avril 1998, société Serc Fun Radio, n° 161411, Recueil Lebon p. 138, concl. Hubac, RFDA 1999. 194, concl. Hubac.

l'administration et n'étant pas chargé d'assurer un service public »²²⁹⁵. Le Conseil d'État accepte aussi d'examiner les recours contre les décisions d'engagement dans le cadre du contrôle des concentrations²²⁹⁶. Malgré les dehors conventionnels, ces actes juridiques sont bien unilatéraux et le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre ces actes.

739. Le pouvoir d'accepter des engagements peut donc bien s'interpréter comme un pouvoir de réglementation qui s'inscrit ainsi dans le prolongement du pouvoir d'autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cet élément confère à l'engagement le caractère d'un acte unilatéral et non d'un contrat à la différence de la transaction par exemple, même si la nature de celle-ci est discutée²²⁹⁷. L'engagement souscrit est consenti, mais il n'en est pas moins intégré à la décision d'autorisation. Or, comme l'explique Pierre Delvolvé, « C'est en effet la relation entre l'acte et ses destinataires qui fait apparaître l'unilatéralité : dès lors que l'acte a pour objet et pour effet de produire des conséquences sur des personnes qui n'ont pas de part à son adoption, il est unilatéral »²²⁹⁸. C'est donc un procédé de réglementation qui a un caractère unilatéral. Ensuite, le but de l'acte est d'éteindre les poursuites comme une transaction par exemple. Enfin, il a pour objet un comportement, le contrôle ultérieur d'un comportement.

740. Cette définition n'est valable que dans le cadre précis de la décision du Conseil. Les engagements souscrits dans le cadre du contrôle des concentrations n'ont par exemple pas d'effet extinctif de poursuites²²⁹⁹. Ils ont pour but de rendre une opération de concentration compatible alors qu'elle pourrait tomber sous le coup de l'interdiction si ceux-ci n'étaient pas souscrits, l'acte est une autorisation conditionnée. Mais l'engagement a en revanche un caractère extinctif dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, l'intérêt de cette pratique est de permettre un allègement des éléments de preuve, car il suffit de « préoccupations de concurrence »²³⁰⁰. Dans tous les cas, il s'agit de toute façon d'un procédé de réglementation du comportement d'un acteur, souscrit plus ou moins librement, qui a donc pour effet de permettre un contrôle ultérieur et éventuellement une sanction sur ce fondement. Il manifeste aussi dans tous les cas une préférence pour la liberté des acteurs, une liberté que les engagements permettent de préserver, tout en réservant la possibilité d'un contrôle et d'une sanction. Mais nous ne souscrivons pas à l'analyse de Gerasimos Alex. Sofianatos qui analyse

²²⁹⁵ V. D. Chauvaux, « Les conventions entre le CSA et les exploitants de services de radio et de télévision : une modalité d'organisation de la liberté de la communication audiovisuelle », *Justice et cassation* - 01/01/2006, pp. 44 suiv., spéc. p. 45.

²²⁹⁶ V. Conseil d'État, 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision, n° 338197.

²²⁹⁷ La transaction est un contrat en droit civil français, sa nature est discutée aussi en droit administratif en particulier concernant les transactions « qui viennent limiter la gravité d'une sanction infligée par l'administration ». V. G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA* 2000.548 ; G. Le Chatelier, *Transaction, Répertoire de contentieux administratif*, 2010, spéc. n° 1-11. É. Serverin, P. Lascombes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, *Économica*, 1987, spéc. p. 1 (« La transaction est un contrat dont le conflit est la cause »). Le juge administratif a pu qualifier la transaction en matière de travaux publics de contrat administratif (V. Conseil d'État, 23 octobre 1970, *Clot*, *Recueil Lebon* p. 617 ; 5 mai 1971, *Ville de Carpentras*, *AJDA*, 1971, p. 403). V. aussi L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, préc., p. 305 suiv. ; J.-M. Auby, « La transaction en matière administrative », *A.J.D.A.* 1956, p. 1 suiv. ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats*, n° 337.

²²⁹⁸ V. P. Delvolvé, *L'acte administratif*, préc., p. 15, n°17.

²²⁹⁹ V. M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., n°403.

²³⁰⁰ V. M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., n°313.

l'engagement comme une mesure « de nature régulatrice, quasi contractuelle »²³⁰¹. Laurence Boy va même plus loin en voulant rattacher la mesure à la notion de contrat économique²³⁰². Les deux critères, avancés par Gerasimos Alex. Sofianatos, ne décrivent en réalité pas grand-chose, et le second traduit certes la force d'attraction de l'idée contractuelle à partir du moment où effectivement ceux-ci sont souscrits librement — bien que sous la contrainte d'une amende. Mais il en va de même dans une autorisation administrative, elle est acceptée, certains de ses termes peuvent même certainement être négociés, mais il n'en reste pas moins qu'elle n'engage ici, qu'elle ne réglemente, que le comportement d'une seule personne. Que les procédés d'édiction de l'acte unilatéral aient évolué, se soient transformés, que la puissance publique tente, de manière croissante, de chercher l'adhésion des administrés n'enlève pas son caractère unilatéral à un acte. L'engagement n'a ainsi rien d'un contrat ou d'un quasi-contrat, c'est un procédé de réglementation par lequel une personne accepte de se lier quant à son comportement futur, afin de se conformer à ses obligations légales, échappant ainsi au châtime. Il fait partie à cet égard des nouvelles formes que prend la répression et qui permettent d'économiser des ressources publiques, mais il ne peut en aucun cas être rattaché à la catégorie des contrats. Imagine-t-on que le destinataire d'un engagement aille chercher la responsabilité contractuelle de l'État si celle-ci n'a pas respecté l'acte en question ? Cette position ne procède pas de ce que Laurence Boy dénonce comme étant, de la part des publicistes, la manifestation d'« un dogme : celui de la toute-puissance de l'État et de l'interdiction qui lui serait faite de négocier sa souveraineté »²³⁰³. Les publicistes acceptent tout à fait que l'Administration puisse souscrire des contrats et même des contrats de droit privé. De surcroît, il ne faut pas faire comme si cette question était neuve, ainsi que le montrent les débats qui agiterent la doctrine française et allemande, depuis le XIX^e siècle, sur la nature des actes que Michel D. Stassinopoulos appelle les « actes accomplis avec le consentement de l'administré » comme dit-il, « la nomination d'un fonctionnaire, la naturalisation, les permis de police émis sur requête de la personne intéressée »²³⁰⁴. L'analyse du président Stassinopoulos nous semble définitive : « l'acte est le résultat d'une seule volonté, celle de l'État ; l'apport de la volonté de l'administré, loin d'avoir l'importance de la proposition d'un contractant, n'a que la valeur d'une condition nécessaire pour la validité de l'acte [...] : le consentement est un élément externe tandis que la proposition du contractant est un élément interne, qui mène au contrat »²³⁰⁵.

²³⁰¹ V. G. A. Sofianatos, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire*, français, grec, préc., p. 191.

²³⁰² V. L. Boy, « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », *Revue internationale de droit économique* 3/2010 (t.XXIV), pp. 271-296.

²³⁰³ V. L. Boy, « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », préc..

²³⁰⁴ V. M. D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Institut français d'Athènes, Coll. de l'Institut français d'Athènes, tome 82, 1954, spéc. p. 58. V. aussi l'analyse de Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 103, 1971, pp. 12 suiv., le paragraphe intitulé « la transformation du procédé de l'acte administratif unilatéral ».

²³⁰⁵ V. M. D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, préc., p. 61.

Conclusion du § 2

L'émergence, timide, dans la pratique de certaines autorités sectorielles, du procédé consistant à recourir à l'engagement nécessite la production d'une définition. Il s'agit d'un acte unilatéral visant à réglementer la conduite future de son destinataire et ayant pour effet d'éteindre, provisoirement, les poursuites engagées contre lui, tout en permettant une surveillance. Cet acte ne peut pas, en tout état de cause, être analysé comme un contrat.

Conclusion de la Section 1

L'activité répressive des autorités sectorielles peut donc prendre deux visages : si la sanction administrative semble être le moyen traditionnel dont elles disposent pour assurer le respect des obligations légales qui incombent aux acteurs du secteur, elles disposent aussi, dans certains cas, d'alternatives aux poursuites avec la pratique du prononcé d'engagements.

L'identification précise de ces actes requiert de procéder à une définition des critères de ces notions. L'enjeu étant l'application d'un régime juridique protecteur. La difficulté pour définir les sanctions administratives aujourd'hui réside dans l'empilement normatif des critères. La jurisprudence de droit interne française et anglaise connaît une catégorie de décisions administratives sanctionnatrices dont le prononcé est encadré de garanties. Les juges français et anglais recourent ainsi à certains critères pour identifier ces mesures. À ces jurisprudences s'ajoute de plus en plus celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, si elle est favorisée par les plaignants, n'annule pas les autres. Cette difficulté, associée à l'absence d'étude sur les sanctions administratives en droit anglais, rend l'exposé des critères plus compliqué. Il n'est néanmoins pas impossible. La sanction administrative répond ainsi à plusieurs critères qui ont une résonance particulière dans chaque système juridique : il s'agit d'une décision administrative, prise dans une intention répressive et infligeant une peine sanctionnant un manquement aux lois et règlements.

Mais l'activité purement répressive n'empêche pas les autorités sectorielles de recourir à des procédés comme les engagements pour mettre un terme aux poursuites.

Les autorités sectorielles ne disposent pas que d'un pouvoir de sanction. Elles ont aussi la possibilité, reconnue par les textes, de prononcer des injonctions, seconde grande catégorie de décisions manifestant l'exercice de la fonction coercitive de ces instances.

Section 2 — *Les injonctions*

Le pouvoir d'injonction dont sont dotées les autorités sectorielles est de deux types : il s'agit d'une part de mesures préventives telles que les mesures conservatoires (§1) et, d'autre part, de mesures correctrices (§2).

§ 1 — Les mesures préventives : Les mesures conservatoires

741. Dans son étude sur l'Acte conservatoire en droit administratif, Marcel-René Tercinet, relève que « Le droit a pour fondement essentiel la sécurité dans les relations sociales [...]. À ce besoin de sécurité, le droit répond par le recours à diverses techniques fondées, soit sur la répression, soit sur la prévention [...]. Au nombre de ces techniques préventives, la technique conservatoire occupe, bien évidemment, une place de choix »²³⁰⁶. Le domaine des services publics en réseau ne fait pas exception. Le besoin de protéger certains intérêts supérieurs rend l'existence de mesures conservatoires particulièrement impérieuse. Pierre-Laurent Frier a noté à cet égard que l'urgence justifie bien souvent le recours à des mesures qui font l'économie de formes qui seraient en temps normal requises, elle est la « condition d'une exception »²³⁰⁷.

Après avoir fixé le domaine des mesures conservatoires à partir de l'étude de ses différentes manifestations dans les secteurs à l'étude (I), il faudra tenter d'en donner une définition qui couvre les mesures prises dans les deux pays (II).

I — Le domaine des mesures conservatoires

742. La plupart des autorités sectorielles disposent d'un pouvoir propre de prononcer des mesures conservatoires. Ce pouvoir n'est pas imposé par le droit de l'Union européenne. Cependant, les droits nationaux l'ont en général mis en place²³⁰⁸. Seul le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit saisir le président de la section du contentieux du Conseil d'État qui statue en référé afin d'obtenir le prononcé de telles mesures²³⁰⁹. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose aussi de cette faculté en plus d'un pouvoir propre de prononcer des mesures conservatoires²³¹⁰.

743. Une différence dans le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires entre les deux pays réside dans leur domaine respectif, même si cette différence n'est peut-être pas, en pratique, si notable. En France, le domaine de prédilection de la mesure conservatoire semble

²³⁰⁶ V. M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 132, 1979, p. 11.

²³⁰⁷ V. P.-L. Frier, *L'urgence*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 150, 1987, spéc. pp. 236 suiv. et sur les mesures conservatoires dans le cadre juridictionnel pp. 301 suiv. et 325 suiv..

²³⁰⁸ V. A. Ottow « Dispute resolution under the new European framework », préc., p. 14.

²³⁰⁹ V. l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. L'A.R.C.EP.

²³¹⁰ V. l'article L. 36-11-6° du Code des postes et des communications électroniques.

bien être le règlement des différends²³¹¹. Seule l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose de cette faculté dans le cadre répressif²³¹². Dans le domaine de l'énergie, un pouvoir général de prononcer des mesures conservatoires est attribué au ministre²³¹³. Au Royaume-Uni en revanche ce pouvoir n'est d'abord conféré qu'à Ofcom²³¹⁴. Ensuite, ce pouvoir, Ofcom ne peut l'exercer que dans le cadre de ses pouvoirs d'exécution, même s'il semble que, le cas échéant, il pourra être exercé dans le cadre du règlement d'un litige. D'une part, cette possibilité n'est pas exclue par la loi. D'autre part, la description dans la loi des intérêts protégés par la mesure d'urgence montre qu'il est possible pour un requérant, dans le cadre du règlement des différends, de demander aussi le prononcé de mesures conservatoires, s'il apparaît qu'il y a un risque pour certains intérêts protégés par le législateur.

744. Il est notable aussi que le Conseil supérieur de l'audiovisuel en France, dans le cadre du règlement des litiges, n'ait pas été doté du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires. Comblant ce vide, le juge judiciaire est venu suppléer ce manque et les jugements rendus manifestent bien tout l'intérêt de cette procédure. Le Groupe AB a ainsi saisi le Tribunal de grande instance de Paris en référé pour obtenir le bénéfice du prononcé de mesures conservatoires, afin que la société TPS poursuive la diffusion de la chaîne Escales. Il est d'abord intéressant de constater que le juge de première instance note l'existence d'une procédure parallèle engagée devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel : « Attendu qu'il résulte des pièces produites que des discussions amiables se sont instaurées sur une poursuite du contrat, lesquelles à l'évidence ont en l'état échoué ; que c'est dans ces conditions que les demanderesses indiquent avoir saisi le 30 juillet 2007 le C.S.A., sur le fondement de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, aux fins en particulier qu'il soit ordonné la poursuite de la distribution de la chaîne, faisant valoir que TPS a violé son obligation contractuelle d'engager des négociations pour un éventuel renouvellement du contrat [...] ». Non seulement il note l'existence de cette procédure parallèle, mais en outre il affirme « qu'il y a lieu de fixer un terme certain à la mesure prononcée, tenant compte du délai dans lequel le C.S.A. est appelé à se prononcer ». Il limite donc bien la portée temporelle de la mesure à l'issue du règlement du différend et conclut en conséquence : « qu'il convient, dans ces conditions, d'ordonner en l'état, à titre conservatoire, à TPS de poursuivre la diffusion de la chaîne Escales dans les conditions actuelles sans interruption à compter de ce jour jusqu'au 30 novembre 2007 »²³¹⁵. En appel, cette ordonnance est confirmée. La Cour considéra que « s'il est vrai que cette autorité n'a pas le pouvoir de contraindre la société CanalSatellite à contracter contre sa volonté, les injonctions qu'elle peut être amenée à lui décerner — comme elle l'a fait dans le cadre du différend l'opposant à la société Voyage —, s'il s'avérait que les conditions qu'elle a proposées au Groupe AB ne présentaient pas un caractère objectif, équitable et non discriminatoire, sont de nature à influencer sur sa volonté de ne pas renouveler le

²³¹¹ V. l'article L. 36-8 du C.P.C.E. ; l'article 38 de la loi du 10 février 2000 modifiée ; article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant le transport ferroviaire ;

²³¹² V. l'article L. 36-11-3° du C.P.C.E..

²³¹³ V. l'article 21 de la loi du 10 février 2000 modifiée.

²³¹⁴ Les autorités sectorielles anglaises, dans le cadre des pouvoirs qu'elles tiennent de la répression des pratiques anticoncurrentielles ont, au même titre que l'Autorité de concurrence en France, le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires. Mais ce pouvoir ne s'étend pas à leurs compétences dans la réglementation des secteurs dont elles ont la charge, à moins qu'elle ne prouve, le cas échéant, que la pratique dénoncée manifeste une pratique anticoncurrentielle. Mais elles devront dans ce cas mettre en œuvre ces pouvoirs. La procédure de règlement des différends sera donc exclue.

²³¹⁵ V. T.G.I. de Paris, ordonnance, 31 juillet 2007, S.A.S. Groupe A.B. c. S.A. CanalSatellite, n° RG 07/56047.

contrat et, partant, peuvent l'appeler à revenir sur sa décision d'interrompre la diffusion de la chaîne Escales sur la plateforme de TPS [...] que, tant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne s'est pas prononcé sur les conditions dans lesquelles le renouvellement du contrat a été refusé, l'imminence du dommage que subirait la société éditrice [...] est caractérisée et justifie la mesure conservatoire ordonnée par le présent juge »²³¹⁶. On voit donc ici comment les juges de première instance comme d'appel ont bien eu conscience de la nécessité d'articuler leurs pouvoirs avec ceux du Conseil statuant au fond, comblant ainsi la lacune de la loi.

Quelles sont les caractéristiques des mesures conservatoires dont le législateur a confié le maniement à ces autorités ?

II — Les caractères des mesures conservatoires

Les mesures conservatoires dans les secteurs étudiés se caractérisent par quatre éléments ; il s'agit d'une faculté dont disposent les autorités sectorielles (A), pour remédier à l'atteinte à un intérêt protégé (B). Cette action nécessite en outre la présence d'une urgence (C). Enfin, la décision a un effet provisoire (D).

A — Une faculté

Le prononcé de mesure conservatoire est laissé à l'appréciation des autorités sectorielles. Les textes précisent en général que l'autorité « peut » prendre ces mesures²³¹⁷. Même lorsque l'autorité administrative n'est qu'à l'initiative de la procédure, sans être l'auteur de la mesure conservatoire, qui sera prise par un juge ou par une autorité de concurrence, cette saisine est pour elle une faculté²³¹⁸.

Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'opportunité de prononcer des mesures conservatoires est aussi affirmé en droit anglais. Le législateur, ici aussi, laisse à l'autorité administrative le soin d'apprécier dans chaque cas le bien-fondé du recours à cette mesure²³¹⁹.

Cette mesure se présente donc comme une faculté dans les textes. Ceux-ci précisent en outre que la mesure conservatoire ne pourra intervenir qu'en cas d'atteinte à certains intérêts.

B — Le motif de la mesure : L'atteinte à un intérêt protégé

745. La première condition pour le prononcé de mesure conservatoire est le risque d'une atteinte. Marcel-René Tercinet utilise le terme de menace²³²⁰. Le terme atteinte décrit de

²³¹⁶ V. Cour d'appel de Paris, 14^e ch., Section B, 26 octobre 2007, S.A. CanalSatellite c. S.A.S. Groupe AB, n° RG 07/14703.

²³¹⁷ V. les articles 20 et 38 de la loi du 10 février 2000 ; L. 36-11-3° du C.P.C.E. ; article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F..

²³¹⁸ V. l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986 ; V. aussi l'article L. 213-6 du code du cinéma et de l'image animée pour le pouvoir du Médiateur du cinéma de saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance.

²³¹⁹ V. l'article 98 du Communications Act de 2003.

manière adaptée la dialectique qui s'opère dans la mesure conservatoire entre l'atteinte, motif de la mesure, et les intérêts protégés par celle-ci.

Le degré de l'atteinte est aussi précisé par les textes. Il s'agit souvent d'une atteinte grave²³²¹.

746. L'objet de cette atteinte ou, en d'autres termes l'intérêt protégé par la mesure conservatoire est en général double. Il peut s'agir d'une part d'une atteinte aux règles²³²², donc d'un problème de légalité, ce qui sera le cas lorsque la mesure conservatoire se présente comme le complément du pouvoir répressif ou de règlement des différends. Le droit anglais des communications électroniques lie de manière très nette l'illégalité et la mesure d'urgence, puisque celle-ci ne peut être prononcée que si Ofcom est convaincu qu'il est en droit de mettre en demeure un opérateur de se conformer à ses obligations légales²³²³.

Il doit s'agir d'autre part d'une atteinte matérielle, à la sécurité des réseaux par exemple²³²⁴.

C — La condition de la mesure : L'urgence

Les textes précisent en effet que l'atteinte doit être immédiate²³²⁵. La mesure d'urgence se justifie essentiellement par l'imminence du péril.

747. Les textes anglais, et particulièrement la loi sur la communication de 2003 précisent de manière limitative les cas d'urgence qui peuvent justifier la mise en œuvre de la procédure : l'illégalité, pour justifier le prononcé de mesures d'urgence, doit, de surcroît, être susceptible de créer un risque immédiat soit à la sécurité, à la santé du public, à la sécurité nationale soit à la santé financière ou à la capacité opérationnelle des opérateurs du secteur²³²⁶.

D — L'effet temporel de la mesure : un acte provisoire

748. Comme le remarque Marcel-René Tercinet dans son étude sur l'acte conservatoire, celui-ci est un acte provisoire²³²⁷. Le caractère provisoire de la mesure est matérialisé par le

²³²⁰ V. M.-R. Tercinet, *L'Acte conservatoire en droit administratif*, préc., p. 72, « la menace, motif de l'acte conservatoire ».

²³²¹ V. les articles 21 et 38 de la loi du 10 février 2000 concernant les pouvoirs respectivement du ministre et de la Commission de régulation de l'énergie ; l'article L. 36-11-3° du C.P.C.E. ; article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F.

²³²² V. l'article 38 de la loi du 10 février 2000 concernant les pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie de prononcer des mesures conservatoires : « En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés au premier alinéa ou à leur utilisation, la commission peut (...) » ; V. aussi l'article L. 36-11-3° du C.P.C.E. ; article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F. ; V. article 98(1)(a) du Communications Act de 2003.

²³²³ V. article 98(1)(a) du Communications Act de 2003.

²³²⁴ V. l'article 21 de la loi du 10 février 2000 qui dispose : « En cas d'atteinte grave et immédiate à la sécurité et à la sûreté des réseaux publics de transport et de distribution ou à la qualité de leur fonctionnement, et sans préjudice des pouvoirs reconnus aux gestionnaires de réseaux par les articles 14, 15, 18 et 19 et à la Commission de régulation de l'énergie par l'article 38, le ministre chargé de l'énergie peut d'office ou sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie ordonner les mesures conservatoires nécessaires ».

²³²⁵ V. les articles 21 et 38 de la loi du 10 février 2000 concernant les pouvoirs respectivement du ministre et de la Commission de régulation de l'énergie ; article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F. ; les articles L. 36-8 et L. 36-11 du C.P.C.E. ; V. l'article 98(2) du Communications Act de 2003.

²³²⁶ V. l'article 98(2) (a), (b) et (c) du Communications Act de 2003.

²³²⁷ V. M.-R. Tercinet, *L'Acte conservatoire en droit administratif*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 132, 1979, spéc. titre III, pp. 147 suiv..

fait que cette procédure se présente comme l'accessoire d'une autre procédure, répressive ou de règlement des différends²³²⁸.

749. En effet, dans le champ du règlement des différends les textes et la jurisprudence confirment que la demande de mesures conservatoires est accessoire à une demande au fond. La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de juger que : « si les dispositions de l'article R. 11-1, alinéa 4 du Code des postes et des communications électroniques imposent qu'une demande de mesures conservatoires soit accompagnée ou précédée d'une saisine au fond de l'ARCEP en raison d'un différend mentionné par l'article L. 36-8 du même code, elles ne comportent aucune restriction quant aux pratiques dont est valablement saisie l'ARCEP en vue du prononcé des mesures conservatoires »²³²⁹.

750. Au Royaume-Uni aussi, dans le domaine répressif, la mesure conservatoire est accessoire à la procédure de sanction et vise à remédier à une atteinte à la légalité qui pourrait porter préjudice aux opérateurs. La mesure conservatoire en tant qu'accessoire, se trouvera donc confirmée ou infirmée par la demande principale. Les textes peuvent aussi imposer la confirmation de la mesure, qui deviendra définitive²³³⁰. Mais une fois confirmée, ou une fois la décision principale rendue il est évident que la mesure perd son caractère de mesure conservatoire.

Conclusion du § 1

Les autorités sectorielles anglaises et françaises disposent en général du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires. Ces mesures se présentent comme des mesures qui permettent à l'autorité administrative de remédier, dans l'urgence, à une atteinte que le législateur qualifie souvent de grave à un intérêt protégé. De surcroît, ces mesures ont un caractère essentiellement provisoire, car elles se présentent bien souvent comme une mesure accessoire à une demande au fond soit lors de la procédure de règlement des différends soit à l'occasion d'une enquête répressive.

À côté de ces mesures qui emportent une injonction, mais provisoire et dans l'urgence, les autorités sectorielles disposent d'un véritable pouvoir d'injonction.

§ 2 — Les mesures correctrices : injonctions et mise en demeure

751. L'injonction est une mesure correctrice, pour reprendre le qualificatif d'Alix Perrin, dont disposent les autorités sectorielles tant anglaises que françaises. Il est néanmoins problématique d'utiliser ce terme en droit anglais car, dans ce droit, l'injonction (ou « *injunction* ») est utilisée pour désigner exclusivement, le remède d'*equity*, c'est-à-dire une décision juridictionnelle. Mais cette objection n'est pas dirimante. L'injonction peut aussi

²³²⁸ V. article 16-2 de la loi du 8 décembre 2009 concernant l'A.R.A.F. ; l'article L. 36-8 du C.P.C.E. ; article L. 38-1 de la loi du 10 février 2000.

²³²⁹ V. Cour de cassation, com., 12 déc. 2006, Sté France Télécom c/ SA Western Télécom, n° 05-19.610, Juris-Data n° 2006-036463 : Recueil Dalloz, 2007, n° 3, p. 159-160, note X. Delpech ; S. Jacquier, W. J. Maxwell, « Pouvoir de l'ARCEP d'ordonner des mesures conservatoires dans le cadre d'un règlement des différends (commentaire de l'arrêt de Cass. com., 12 déc. 2006, Sté France Télécom c/ SA Western Télécom) », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2007, étude 25, spéc. n°3.

²³³⁰ V. l'article 99(3) du Communications Act de 2003 ; l'article L. 36-11-3° du C.P.C.E.

être, en droit français, une décision juridictionnelle, dont le prononcé appartient désormais aux deux ordres de juridictions. Au surplus, l'*equity* est historiquement, en Angleterre, la justice du Chancelier²³³¹, c'est-à-dire celle qui dépend du Roi, la justice retenue qui détient, depuis l'ordre du roi Jacques I^{er} de 1616, la suprématie sur la justice de *common law*. L'injonction est donc originellement une émanation du pouvoir, de l'*imperium* du Roi, de la puissance publique et non des juridictions de *common law*. Ce remède, pour employer le terme anglais, avait pour but de prévenir une illégalité en interdisant la commission d'un acte le plus souvent²³³². L'argument porte en outre d'autant moins qu'en France aussi, l'injonction est liée à l'acte juridictionnel. Comme le relève Alix Perrin, « Très souvent, elle [la doctrine] déduit de cette filiation [avec l'*imperium*] que l'injonction constitue un pouvoir du juge. En effet, l'*imperium* est, de manière générale, envisagé par la doctrine comme un pouvoir du juge. Cette présentation de l'*imperium* est restrictive et ne rend pas compte de la richesse du mot qui ne renvoie pas exclusivement au pouvoir de ce dernier. Elle est le résultat de l'appauvrissement de la notion d'*imperium* qui, au fil du temps, a été assimilée au pouvoir de commandement du juge »²³³³. Il s'agit en réalité moins d'un appauvrissement que d'une conséquence certaine de l'impact de la théorie de la séparation des pouvoirs qui depuis deux siècles s'est efforcée de priver autant que possible l'exécutif des moyens de contrainte pour les attribuer au juge. Enfin, il s'agira moins ici d'utiliser le terme d'injonction que, justement, d'en fixer un contenu, contenu qui sera commun aux deux systèmes juridiques.

752. L'injonction a une importance notable dans la fonction des autorités de régulation. Sa fonction générale est bien sûr d'assurer l'exécution des obligations légales qui pèsent sur les opérateurs du secteur, de permettre la concrétisation de ces obligations, comme le dit Alix Perrin ou, pour utiliser les termes de Nicole Decoopman de « corriger, de rétablir une situation, de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique, économique... »²³³⁴. L'injonction a toujours pour objet la réalisation des différentes normes qui s'appliquent au secteur.

Plusieurs critères, dégagés par Alix Perrin, permettent de réunir sous cet emblème les décisions pertinentes des autorités sectorielles : l'injonction est d'une part une mesure correctrice (I) ; elle est d'autre part, une mesure d'exécution du droit (II).

I — Une mesure correctrice

753. Le caractère correcteur de l'injonction distingue cette mesure des mesures répressives étudiées précédemment. Ce caractère correcteur, affirmé par la doctrine en droit français²³³⁵,

²³³¹ Au Moyen-Age, le Chancelier est le garde des Sceaux et devient rapidement, selon l'expression, le gardien de la conscience du Roi (« the keeper of the King's conscience »). Or, la Chancellerie dépend très étroitement du Roi : en 1258, « The Provisions of Oxford » établirent que « le Chancelier n'avait aucune autorité pour émettre un bref (*writ*) de la Chancellerie sans l'ordre du Roi ou de ses conseillers présents » (V. G. Watt, *Equity Stirring: The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Portland, Oregon, Hart, 2009. pp. 61 suiv.). Et c'est en 1345 que la Chancellerie se sépare de la *curia regis*.

²³³² V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 474.

²³³³ A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., p. 448.

²³³⁴ V. N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », JCP G, 1987, I, n°3303, spéc. n° 13.

²³³⁵ V. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., spéc. titre premier de la première partie ; N. Decoopman, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », préc., spéc. n° 13 ; G. A. Sofianatos, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec*,

l'est aussi en droit anglais où, les juges expriment la conscience, dans le choix des mesures qu'ils ont à leur disposition (injonction ou dommages et intérêts par exemple) que l'injonction a pour essence de regarder vers l'avenir. Alors que les dommages et intérêts par exemple, ou même la sanction, ont pour effet de réprimer un comportement passé ou d'en réparer les conséquences, l'injonction, elle, vise à modifier le comportement pour l'avenir, à faire rentrer dans le droit chemin²³³⁶.

754. Mais l'identification de l'injonction doit aussi avoir une portée juridique : elle doit ainsi permettre de rassembler sous cette bannière des termes différents (injonction, mise en demeure en droit français ; *directions, orders, notifications*, en droit anglais) qui, malgré ces différences terminologiques, possèdent des caractéristiques telles qu'elles emporteront pourtant l'application d'un même régime juridique (l'application de certaines protections, de certaines garanties procédurales et bien sûr, la possibilité d'un contrôle par le juge).

Ce critère d'acte correcteur fait d'une part de l'injonction un acte décisoire (A), dont peut connaître le juge de l'excès de pouvoir ; mais, d'autre part, ce caractère correcteur distingue l'injonction des mesures à caractère pénal, aussi ne bénéficiera-t-elle pas des mêmes protections (B).

A — *Acte correcteur et acte décisoire*

L'étude du droit français (1) précédera celle du droit anglais (2).

1 — *En droit français*

755. Ainsi, ce critère doit permettre de rassembler et d'identifier des mesures qui sans bénéficier au premier abord de cette qualification n'en sont pas moins de véritables injonctions ayant un effet juridique. Il en est ainsi de la notion de mise en demeure, omniprésente dans les droits sectoriels.

756. Ce caractère correcteur permet en effet, comme le montre Alix Perrin, de pouvoir qualifier les mises en demeure des autorités sectorielles, de véritables injonctions et non de simples mises en garde, insusceptibles de bénéficier du recours pour excès de pouvoir. Bertrand Seiller note ainsi que « l'état du droit relatif aux mises en demeure est considéré comme des plus incertains »²³³⁷, pour ne pas dire, avec Guy Braibant, « contradictoire »²³³⁸ ou

préc. passim. ; I. Chaabouni, La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers : étude comparative des contrôles de l'administration fiscale, des juridictions financières et de l'Autorité des marchés financiers, spéc. p. 104.

²³³⁶ V. A. Hudson *Equity and trusts*, London, Routledge-Cavendish, 6th ed., 2010, spéc. p. 1080 et les comm. du juge Millet dans l'arrêt *Shelfer v City of London Electric Lighting Co.* (1985) 1 Ch 287.

²³³⁷ Les développements qui suivent sont basés sur l'analyse de : B. Seiller, *Acte administratif*, in *Répertoire de contentieux administratif*, préc., n°336. Traditionnellement, ces actes étaient insusceptibles de recours : par ex. Conseil d'État, 20 juin 1903, *Demoiselle Lebas et Dame veuve Tourangin*, Rec. Lebon p. 480, considérant que « dans ces circonstances, la dépêche ci-dessus visée ne constituait pas une décision pouvant préjudicier aux droits des requérantes : que dès lors, elle n'est pas susceptible d'être déférée au Conseil d'État » ; Conseil d'État, Ass., 13 déc. 1957, *Sieur Rouleau*, Rec. Lebon p. 678 ; contra : Conseil d'État, Sect., 18 janvier 1928, *Sieur Vermot*, Recueil Lebon p. 65, « considérant que l'arrêté attaqué faisait injonction au sieur Vermot de démolir les deux maisons en bois par lui construite et, que, dès lors, il lui faisait grief » ; Conseil d'État, Ass., 24 janvier 1936, *Sieur Blot-Tartar*, Recueil Lebon p. 108, « considérant que l'arrêté par lequel le maire (...) a mis le sieur Blot-Tartar en demeure de déposer à la mairie le dossier de son lotissement dans un délai de huit jours, faute de

encore, avec Bernard Stirn, emprunt d'un certain « empirisme »²³³⁹. La jurisprudence contemporaine, avec l'arrêt Confédération nationale des associations familiales catholiques, semble admettre plus largement le recours contre ces décisions²³⁴⁰. Mais une distinction doit être faite et il semble que deux critères permettent de distinguer la mise en demeure qui constitue une véritable injonction, faisant grief, de la simple mise en garde. Le premier est lié au contenu de l'acte et le second à ses effets²³⁴¹.

757. La mise en demeure doit ainsi, pour acquérir le caractère d'un acte décisoire, formuler une prescription, un commandement²³⁴². Cet élément est nécessaire et distingue la mise en garde, sans portée juridique, de la mise en demeure-injonction. Le Conseil d'État a posé très clairement cette règle dans un arrêt concernant une lettre du président du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui, sur un ton comminatoire, enjoignait le destinataire à ne plus réitérer certaines pratiques, sous la menace de sanctions ultérieures. Mais l'incompétence du président du Conseil priva cette lettre de portée juridique, celui-ci ne pouvant engager le conseil²³⁴³.

758. Mais ce critère n'est, aux dires de Bertrand Seiller, pas suffisant. La mise en demeure doit en plus, pour constituer un véritable acte susceptible d'être examiné par le juge de l'excès de pouvoir, avoir un impact sur la situation de son destinataire : « Le juge n'accorde la qualité de décision faisant grief qu'à celles dont il estime qu'elles ont un impact suffisamment grave

quoi procès-verbal serait dressé contre lui, fait grief au requérant » ; Conseil d'État, 9 juillet 1958, Sieur Eon, Rec. Lebon p. 427 ; Conseil d'État, 29 juin 1960, Min. de l'Éducation nationale c. École de chirurgie dentaire et de stomatologie, Recueil Lebon p. 426 ; Conseil d'État, Sect., 15 décembre 1961, Min. de l'Éducation nationale c. École spéciale des Travaux publics, Recueil Lebon p. 715 ; Conseil d'État, 5 février 1965, Sieur Lebas, Recueil Lebon p. 71 ; Conseil d'État, Sect., 22 octobre 1965, Société « La Langouste », Recueil Lebon p. 542-543 (mise en demeure de mettre fin à une entente après avis de la Commission technique des ententes) ; Conseil d'État, Sect., 15 déc. 1967, ministre du Travail c. Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde et autres, Recueil Lebon p. 496 (Guy Braibant affirme dans ses conclusions que « depuis dix ans (...) vous avez admis la recevabilité des recours contre les mises en demeure sans distinguer selon qu'elles sont ou non assorties de menaces ou de délais (...) l'exception concerne les cas où la mise en demeure n'est que le premier acte d'une procédure complexe organisée par la loi (...), elle sépare les mises en demeure des documents qui ne contiennent que des recommandations ou des interprétations ») ; Conseil d'État, Sect., 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, Recueil Lebon p. 313.

²³³⁸ Conclusion sous Conseil d'État, Sect., 15 déc. 1967, ministre du Travail c. Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde et autres, Rec. Lebon p. 496, spéc. p. 499.

²³³⁹ V. Concl. sous Conseil d'État, Sect., 25 janv. 1991, n° 103143, n° 107100 et n° 107101, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Lebon 30, RFDA 1991. 285, concl. Stirn.

²³⁴⁰ V. Conseil d'État, Sect., 25 janv. 1991, n° 103143, n° 107100 et n° 107101, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Recueil Lebon p. 30, AJDA 1991. 362, chron. Schwartz et Maugué, RD publ. 1991. 525, note Auby, RFDA 1991. 285, concl. Stirn ; B. Seiller, Acte administratif, in Répertoire de contentieux administratif, préc., n° 340.

²³⁴¹ V. sur ce point L. Derepas, « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », AJDA 2007 p. 2145 ; V. aussi H.-M. Crucis, Notion d'acte administratif, Jcl Administratif, Fasc. 106-10, n°43.

²³⁴² V. B. Seiller, Acte administratif, in Répertoire de contentieux administratif, préc., n°337.

²³⁴³ V. Conseil d'État, 4 oct. 1996, Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, n° 168131, Recueil Lebon p. 381 : « Considérant que ces indications émanant du président du Conseil supérieur de l'audiovisuel et non du conseil lui-même n'avaient, par elles-mêmes, aucune portée juridique et se bornaient à mettre en garde la société TF1 et à l'informer que le conseil statuant collégalement, serait conduit à tirer les conséquences de la persistance d'un comportement jugé par lui répréhensible ; qu'ainsi la lettre du 13 janvier 1995 attaquée n'a pas le caractère d'une décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; que les conclusions présentées par les organisations professionnelles de producteurs de boissons alcoolisées requérantes et tendant à l'annulation de cette lettre sont ainsi entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance ». V. aussi Conseil d'État, 9 octobre 1996, Assoc. « Ici et maintenant », n° 173073, Recueil Lebon p. 401.

ou immédiat sur l'intéressé »²³⁴⁴. Et Bertrand Seiller de citer justement comme indice de cet impact « la menace de sanctions, la fixation d'un délai pour se soumettre à l'injonction »²³⁴⁵. Il faut donc bien considérer les mises en demeure des autorités sectorielles, préalables nécessaires à une sanction, comme de véritables injonctions, ce qui est cohérent avec leur statut de « code pénal » du droit de l'audiovisuel. Le juge a ainsi considéré que les mises en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont des actes faisant grief et peuvent donc à ce titre être portées devant le juge de l'annulation²³⁴⁶. De même, le refus de prendre une mise en demeure peut être contrôlé par le juge. Le même raisonnement a été mis en œuvre par le juge administratif concernant les mises en demeure de la Commission nationale de l'informatique et des libertés²³⁴⁷.

Dans les secteurs régulés, les mises en demeure doivent être considérées comme de véritables injonctions, actes décisifs susceptibles de recours devant le juge administratif.

2 — En droit anglais

759. En droit anglais aussi, comme le constate Christopher Forsyth, la notion d'injonction dont l'équivalent en droit administratif est le terme *direction*, peut recevoir de multiples dénominations (*order, guidance, notification*), dont la normativité dépendra, pour les juges, des termes, de l'intention du législateur²³⁴⁸. La normativité des injonctions d'Ofcom dans le cadre de la loi sur la communication de 2003 a été examinée dans un arrêt *Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services v Andronikou*. Il ne s'agissait pas d'un recours en *judicial review* mais il s'agissait de savoir si une injonction émise par une autorité approuvée par Ofcom en vertu de la loi, à laquelle celle-ci avait délégué ses pouvoirs de surveillance en vertu encore de la loi, pouvait faire l'objet d'une exécution par la voie judiciaire. La question était posée devant la Cour administrative du Queen's Bench, spécialisée dans les questions de droit administratif. La question qui s'est posée était donc de savoir dans quelle mesure cette injonction était obligatoire. Et c'est vers les termes de la loi que les juges se sont tournés²³⁴⁹. Que dit la loi concernant les notifications

²³⁴⁴ V. B. Seiller, Acte administratif, in Répertoire de contentieux administratif, préc., n°339.

²³⁴⁵ *Ibidem*.

²³⁴⁶ V. Conseil d'État, 25 novembre 1998, Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion, Lebon tables, p. 1155, n° 168125 : « que la mise en demeure adressée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion entre dans la liste des prérogatives prévues dans la convention et dont dispose le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour assurer le respect des obligations conventionnelles au sens des dispositions précitées de la loi du 30 septembre 1986 au même titre que les mises en demeure prévues aux articles 28 et 42 de la même loi ; que de telles mises en demeure constituent des décisions faisant grief pouvant faire l'objet de recours pour excès de pouvoir » ; V. aussi Conseil d'État, 11 décembre 1996, Société Radio Nostalgie, n° 163553 ; J.-P. Thiellay, « L'évolution récente du régime des sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel », AJDA 2003 p. 475.

²³⁴⁷ V. Conseil d'État, ord., 5 sept. 2008, Sté DirectAnnonces, n° 319071 : « faute pour elle de se conformer aux injonctions qui lui sont adressées, elle s'expose à faire l'objet des sanctions mentionnées au même paragraphe ; que, dès lors, et contrairement à ce que soutient la commission, cette mise en demeure présente, non pas le caractère d'une mesure préparatoire, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, mais celui d'une décision de nature à être contestée par la voie d'un tel recours ». V. aussi Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Mechri, n° 262851.

²³⁴⁸ V. C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 740. Cet auteur cite l'arrêt *R. v Islington LBC Ex p. Rixon* [1997] E.L.R. 66.

²³⁴⁹ V. *Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services v Andronikou*, [2007] EWHC 2307 (Admin), spéc. § 88-89.

que peut émettre Ofcom en cas de manquement aux obligations légales ? La notification que peut servir Ofcom peut être sanctionnée soit d'une amende soit d'une notification d'exécution (*enforcement notification*). On retrouve donc la même structure qu'en France. Le recours en *judicial review* serait-il ouvert contre cette première décision ? Constitue-t-elle, comme en France, une injonction ? Or, il apparaît que les juges n'acceptent d'ouvrir leur prétoire pour contrôler une décision, lorsqu'elle ne constitue qu'une étape, que si l'étape suivante risque de porter un préjudice sérieux aux droits du requérant. Paul Craig estime que l'ouverture du recours ne dépend pas principalement du caractère normatif de la décision, il peut ainsi s'agir d'un rapport, qui doit ensuite être confirmé ou infirmé par l'autorité hiérarchique²³⁵⁰.

760. Les caractères de la décision, à la lecture de la loi, en font une vraie décision correctrice. La loi précise qu'il s'agit bien d'une décision (*determination*), dont l'objet est d'imposer une modification du comportement de son destinataire²³⁵¹. Il y a donc toutes les raisons de penser, même si ce cas de figure ne s'est pas présenté, que la notification, qui constitue l'équivalent de la mise en demeure, est bien un acte normatif qui serait examiné par les juges. Elle impose une modification du comportement, elle est assortie des sanctions des plus dissuasives tant pécuniaires qu'éventuellement juridictionnelles. Dans les autres domaines, la question ne se pose pas, puisque la loi confère un droit de recours contre cette décision²³⁵².

Qu'en est-il à présent des garanties procédurales ?

B — Acte correcteur et garanties procédurales

L'acte correcteur se distinguant nettement de l'acte répressif, le risque est qu'il soit dénué de protections. Il apparaît qu'il faut ici distinguer entre l'injonction acte préparatoire (1) à une sanction et l'injonction qui se suffit à elle-même (2). Il semble donc qu'il faut, au critère de l'acte correcteur, ajouter celui du caractère préparatoire ou non de l'acte.

1 — L'injonction acte préparatoire

a — En droit français

L'injonction, lorsqu'elle se présente comme un acte préparatoire, telle que les mises en demeure des autorités sectorielles françaises, est dénuée de garanties procédurales.

761. Il faut d'ailleurs rappeler qu'en droit français ces mises en demeure, lorsqu'elles ne constituent qu'une étape dans le cadre d'une procédure complexe, n'étaient traditionnellement pas considérées en droit comme des décisions faisant grief, susceptibles de recours devant le juge administratif²³⁵³. À cet égard, si la recevabilité de ces décisions ne fait désormais plus de doute concernant les mises en demeure des autorités sectorielles, elles n'en sont pas moins soumises à des garanties procédurales minimales.

²³⁵⁰ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 831, n°25-005.

²³⁵¹ V. article 94(3) du Communications Act de 2003.

²³⁵² V. article 25 du Electricity Act 1989 et le droit de recours prévu à l'article 27. V. aussi les articles 28 et 30 du Gas Act de 1986 ; les articles 55 et 57 du Railways Act de 1993 ; article 57 du Postal Services Act de 2011.

²³⁵³ V. sur ce point les conclusions de B. Stirn préc. : « La mise en demeure peut d'abord n'être qu'une étape préalable à une décision à intervenir en fin de procédure. Dans ce cas, elle ne fait pas grief par elle-même » (RFDA 1991 p. 285).

762. C'est aussi certainement ce caractère correcteur et donc non répressif, ajouté au caractère préparatoire de la mesure, qui expliquent la jurisprudence du Conseil d'État. Il refuse sur ce double fondement d'encadrer le prononcé des mises en demeure des autorités sectorielles de garanties procédurales²³⁵⁴. Le Conseil d'État a ainsi jugé que « Considérant, en premier lieu, que les mises en demeure prises en application d'une convention conclue entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le bénéficiaire de l'autorisation n'ont à être précédées d'aucune procédure préalable et qu'ainsi le moyen tiré de ce que la mise en demeure litigieuse aurait dû être précédée d'une procédure contradictoire doit être écarté »²³⁵⁵. C'est bien pour le Conseil d'État l'objet de la mesure qui justifie l'exclusion des garanties²³⁵⁶. Elle rappelle des obligations préexistantes et elle constitue une étape préalable au prononcé éventuel d'une sanction : « Considérant qu'une mise en demeure ne constitue pas une sanction, mais une mesure préalable à une éventuelle sanction ; qu'ainsi en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée aurait dû être précédée d'une procédure contradictoire »²³⁵⁷. Elle n'édicte pas une peine susceptible de bénéficier des garanties du volet pénal de l'article 6 § 1²³⁵⁸.

763. Ce caractère correcteur et non pénal justifie aussi la non-application, en l'absence de dispositions textuelles expresses, de l'obligation de motivation issue de la loi : « Considérant que les mises en demeure prises en application d'une convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le bénéficiaire d'une autorisation d'émettre délivrée en application de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 ne constituent pas des sanctions ; qu'elles ne constituent pas davantage des décisions qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police » au sens des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 ni une décision administrative individuelle qui déroge aux règles générales fixées par la loi ou le règlement au sens des dispositions de l'article 2 de ladite loi ; qu'elles n'entrent dans aucun des autres cas visés aux articles 1^{er} et 2 de la loi du 11 juillet 1979 ; que par suite, et en tout état de cause, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée ne pouvait légalement intervenir qu'après qu'elle ait été mise à même de présenter des observations écrites ou orales en application des dispositions précitées de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 »²³⁵⁹.

Qu'en est-il, à présent, en droit anglais ?

²³⁵⁴ V. par ex. dans un autre domaine : Conseil d'État, 18 mai 1984, Crédit commercial, Recueil Lebon p. 480 : mise en demeure adressée par la commission de contrôles des banques à une entreprise de crédit mutuel de cesser toute activité bancaire, cité par B. Seiller, *Acte administratif (II - Régime)*, préc., n°164.

²³⁵⁵ V. Conseil d'État, 11 décembre 1996, Société Communication du Centre, n° 130674, Recueil Lebon table, p. 688 ; V. aussi Conseil d'État, 21 nov. 2003, Société Canal 9, n° 249376, inédit ; E. Guillaume, C. Beaugonin, *Audiovisuel (Contentieux de l')*, n°149.

²³⁵⁶ Il précise dans l'arrêt Société Serc Fun Radio, que « Considérant qu'il résulte des dispositions ci-dessus rappelées que la mise en demeure est un acte préalable à d'éventuelles sanctions ; qu'eu égard à son objet et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, cet acte n'est soumis à aucune procédure préalable » (Conseil d'État, 23 avr. 1997, Société Serc Fun Radio, n° 162688, inédit).

²³⁵⁷ V. Conseil d'État, 15 janvier 1997, Société Serc Fun Radio, n° 155049, Recueil Lebon table, p. 1058. Le Conseil d'État reprend la même formulation dans un autre arrêt : Conseil d'État, 23 avr. 1997, Société France 2, n° 162797, Recueil Lebon table, p. 1059 ; Conseil d'État, 23 avril 1997, Société France 2, n° 162797, Recueil Lebon table, p. 1059.

²³⁵⁸ V. Conseil d'État, 23 avr. 1997, Société France 2, n° 162797, Recueil Lebon table, p. 1059.

²³⁵⁹ V. Conseil d'État, 30 août 2006, n° 276866, Assoc. Free Dom, Recueil Lebon p. 392, RTD civ. 2006. 736, note Hauser.

b — En droit anglais

764. En droit anglais, les juges appliquent de manière beaucoup plus large les garanties du procès équitable aux mesures préparatoires et les exemples que citent Wade et Forsyth sont en effet convaincants. Toutefois, aucun de ces exemples ne concerne une injonction, c'est-à-dire une mesure qui rappelle des obligations préexistantes²³⁶⁰. Les exemples concernent les procédures fiscales et les enquêtes. Pour autant, ces auteurs affirment que lorsque l'issue de l'ensemble de la procédure pourrait être négative pour les intérêts d'une personne, les droits de la défense doivent être respectés : « la procédure doit pouvoir réussir le test de l'équité à chacune de ses étapes »²³⁶¹.

Mais la lecture de la loi pourrait pousser les juges à décider autrement. En effet, la loi sur la communication précise de manière très claire les garanties procédurales. Elle permet ainsi à l'autorité de la communication, Ofcom, de demander au contrevenant des explications au stade de la mise en demeure, mais ne prévoit à ce stade aucun droit de la défense. Elle ne prévoit des garanties qu'au stade de la sanction. Si les droits de la défense sont préservés au stade de la sanction, il semble qu'ils ne soient pas nécessaires au stade de la mise en demeure. C'est, en tout cas, ce que considèrent les juges français et le législateur anglais. Allant dans ce sens, les juges anglais ont ainsi pu considérer que le rapport d'une commission recommandant l'expulsion d'un élève n'avait pas à respecter les droits de la défense à partir du moment où ceux-ci seraient respectés devant l'autorité émettant la décision finale²³⁶². Le caractère d'acte préparatoire semble donc important dans certains cas.

Toutefois, lorsque l'acte correcteur est définitif et qu'il touche directement les droits d'une personne, la position du droit est différente.

c — La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu à se prononcer sur la notion d'injonction. La seule fois où une injonction était en jeu pour l'application du volet civil de l'article 6 § 1, l'appartenance du litige au domaine fiscal a empêché l'application des protections du procès équitable²³⁶³.

2 — *L'injonction, acte définitif*

765. Les autorités sectorielles ont des pouvoirs d'injonction qui dépassent de loin le cadre purement répressif. Elles ont ainsi la haute main sur les contrats d'accès et d'interconnexion que concluent les entreprises, et elles peuvent ordonner d'en modifier certaines clauses²³⁶⁴. Ce pouvoir d'injonction, qui va entraîner une modification du contrat, ne peut intervenir à notre

²³⁶⁰ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 466-467.

²³⁶¹ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 467.

²³⁶² *Herring v Templeman* (1973) 3 All ER 569 cité par H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 467.

²³⁶³ V. CEDH, déc., 13 janv. 2005, *Emesa Sugar N. V. c. Pays-Bas*, n° 62023/00. V. F. Sudre, *Droit à un procès équitable*, préc., n°47.

²³⁶⁴ V. par ex. l'article 5-3 de la directive dite « accès » modifiée ; les articles L. 34-8 et L. 38-III du C.P.C.E. ; V. l'article 105 du Communications Act de 2003 qui s'intitule « devoir d'intervention d'Ofcom sur les problèmes d'accès ».

sens, sans que les droits de la défense soient respectés. À cet égard, Alix Perrin conclut que d'une part « la plupart des injonctions administratives entrent dans le champ d'application de la loi du 12 avril 2000 qui prévoit le respect d'une procédure contradictoire » et que « dans les cas contraires, les injonctions prises par l'administration sont néanmoins soumises au respect du principe général des droits de la défense »²³⁶⁵.

766. Par analogie, on peut constater que les injonctions prises en application du droit de la concurrence, qui peuvent avoir le même effet sur le contrat que les injonctions des autorités sectorielles doivent, en droit de l'Union européenne, bénéficier des garanties des droits de la défense. Le Tribunal de première instance des communautés européennes a ainsi été amené à juger, dans l'affaire *Atlantic Container Line* que la Commission : « avant de prendre, notamment, une décision, [...], ordonnant aux entreprises de mettre fin à l'infraction constatée, ou une décision, [...], infligeant une amende, [elle] est tenue de donner aux entreprises concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus contre elles ». Le juge ajoute que « Ce droit des entreprises de présenter leurs observations au sujet de l'ensemble des griefs que la Commission se propose de retenir contre elles est défini par le règlement (CEE) n° 4260/88 de la Commission, du 16 décembre 1988, relatif aux communications, aux plaintes, aux demandes et aux auditions visées au règlement n° 4056/86 (JO L 376, p. 1), et, en particulier, par les articles 6 à 8 de celui-ci, l'article 8 dudit règlement correspondant à l'article 4 du règlement n° 99/63. La jurisprudence relative à cette dernière disposition, et, notamment, celle selon laquelle la Commission n'est pas en droit d'infliger une amende à une entreprise sans l'avoir au préalable informée dans la communication des griefs de son intention à cet égard (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 20 ; arrêt *Cimenteries CBR e.a./Commission*, précité, point 480), est donc applicable par analogie en l'espèce. La Cour a d'ailleurs souligné que l'exercice du droit d'une entreprise d'être entendue avant qu'une décision ne soit prise à son égard s'inscrit principalement dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale, telles que les procédures visées par le règlement n° 99/63 (arrêt de la Cour du 26 juin 1980, *National Panasonic/Commission*, 136/79, Rec. p. 2033, point 21). Il s'ensuit que, même si, comme le soutient la Commission, l'injonction prévue à l'article 5 de la décision attaquée pouvait être considérée comme étant nécessaire pour rétablir le respect du droit et s'inscrivant dans les limites du pouvoir de la Commission d'ordonner aux entreprises concernées, conformément à l'article 11 des règlements n° 1017/68 et n° 4056/86, de « mettre fin à l'infraction constatée ». En tout état de cause, la communication des griefs aurait dû comprendre un exposé, même sommaire, mais formulé dans des termes suffisamment clairs, des mesures que la Commission envisageait de prendre pour mettre fin aux infractions et fournir tous les éléments nécessaires aux requérantes pour qu'elles puissent faire valoir utilement leur défense avant que la Commission n'adopte une décision définitive sur ce point. Cette conclusion s'impose d'autant plus que les contrats de service individuels représentaient une part importante du chiffre d'affaires des requérantes et que l'obligation de renégocier avec les clients pourrait donc avoir des conséquences importantes pour les requérantes, voire constituer une sanction plus grave qu'une amende »²³⁶⁶. De même, la Cour d'appel de Paris

²³⁶⁵ V. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., p. 695, n°859.

²³⁶⁶ V. T.P.I.C.E., 28 février 2002, *Atlantic Container Line e.a. / Commission*, T-395/94 (JO C 144 du 15.06.2002, p. 33), §417-420.

est attentive à faire respecter le contradictoire dans le cadre des procédures d'injonction du Conseil de la concurrence²³⁶⁷.

Cette analogie est d'autant plus pertinente que le droit d'intervenir dans les contrats des autorités sectorielles tire sa source du droit de l'Union européenne. Or, cet arrêt établit bien une obligation de respecter des garanties procédurales dans l'exercice du pouvoir d'injonction lorsque celui-ci a des conséquences négatives sur leur destinataire²³⁶⁸.

L'injonction ne se caractérise pas seulement par son caractère correctif. Elle se définit aussi par le fait qu'elle vise à assurer l'exécution du droit, d'une obligation préexistante.

II — Une mesure d'exécution

La notion d'exécution est celle qui exprime le mieux la nature de l'injonction. Celle-ci peut recevoir de multiples acceptions, chaque norme, dans le système kelsénien, pouvant être considérée comme l'exécution d'une norme supérieure, la sanction étant elle-même aussi une mesure d'exécution.

767. Pourtant, cette norme d'exécution permet de manifester la spécificité du pouvoir d'injonction dans le cadre des autorités sectorielles. Alors que dans le cadre de leur pouvoir de sanction, le principe de légalité des délits et des peines implique une définition stricte, claire, délimitée strictement des pouvoirs, le pouvoir d'injonction, lui, s'exerce en vertu d'une base légale plus lâche : « si l'injonction doit émaner d'une autorité compétente, cela ne signifie pas pour autant que le texte sur le fondement duquel cette autorité agit doive prévoir de manière explicite la possibilité pour celle-ci de prononcer des injonctions »²³⁶⁹.

768. Le pouvoir d'injonction apparaît bien comme une mesure d'exécution d'une obligation légale. L'injonction intervient pour exécuter, Alix Perrin écrit concrétiser, cette obligation²³⁷⁰.

²³⁶⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. Concurrence, 16 novembre 1989, G.I.E. Cartes Bancaires, B.O. du 18 novembre 1989 : « Considérant que lorsqu'il vérifie le respect de ses injonctions, le conseil n'est pas tenu de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 21 de l'ordonnance du 1er décembre 1986; qu'il doit néanmoins se conformer aux principes directeurs résultant de l'application de l'article 18 de ce texte, selon lequel la procédure devant lui est pleinement contradictoire ». V. sur ce point R. Poesy, « Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : Étude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence, Thèse dactyl., Nice, 2000, pp. 221 suiv..

²³⁶⁸ V. cependant l'avis de Gerasimos Alex. Sofianatos (Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec, p. 555 suiv.) qui nous semble réduire par trop la portée de cet arrêt qui est pourtant clair.

²³⁶⁹ V. Alix Perrin, L'injonction en droit public français, préc., p. 628.

²³⁷⁰ Le terme d'obligation peut recevoir plusieurs définitions juridiques. Dans son ouvrage de philosophie du droit, Michel Villey définit l'obligation comme la situation subjective du seul débiteur invité à tenir une certaine conduite (Dalloz, 2001, p. 152). Pierre-Laurent Frier fait une opposition intéressante dans sa thèse entre faculté et obligation qui permet de mieux cerner le sens de cette dernière notion. Il commence par définir, avec Charles Eisenmann la notion de conditions de fond à l'édiction d'un acte. Cet auteur énonce que « il y a condition de fond à l'édiction d'une norme dès lors que sa possibilité est soumise à l'existence d'un certain caractère, d'une certaine qualité concernant (...) un certain fait, ou une certaine situation ayant rapport direct avec le fond de la norme » (Cour de doctorat, Éd. L.G.D.J., 1983, tome II, p. 597). Et Pierre-Laurent Frier d'ajouter que les conditions jouent un double rôle : « elles peuvent être des conditions de faculté (...) elles peuvent être des conditions d'obligation ; lorsqu'elles sont remplies, “elles déclenchent une obligation d'édicter une norme, elles rendent l'action, non plus simplement possible, mais obligatoire : la règle dispose que si les conditions C1 + C2 + C3 sont données (l'auteur) O devra édicter la norme N” » (L'urgence, préc., p. 15, citant C. Eisenmann, Cour de doctorat, Éd. L.G.D.J., 1983, tome II, p. 607). On comprend donc que la norme créant un pouvoir

Dès lors, le pouvoir d'injonction peut intervenir pour permettre d'exécuter l'ensemble des obligations légales des acteurs du marché afin que ceux-ci se conforment à la réglementation. Ainsi, les directives ou les textes nationaux permettent en effet à certaines autorités d'intervenir de leur propre initiative dans les négociations contractuelles : « En ce qui concerne l'accès et l'interconnexion visés au paragraphe 1, les États membres veillent à ce que l'autorité réglementaire nationale puisse intervenir de sa propre initiative, lorsque cela se justifie, afin de garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre »), conformément aux dispositions de la présente directive et aux procédures visées aux articles 6, 7, 20 et 21 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») ». Aussi, la Cour de justice a-t-elle été amenée à préciser qu'« il apparaît ainsi que les dispositions pertinentes de la directive « cadre » et de la directive « accès » permettent à une autorité réglementaire nationale de prendre une décision ordonnant à une entreprise qui n'a pas de puissance significative sur le marché, mais qui contrôle l'accès aux utilisateurs finals de négocier soit une interconnexion des deux réseaux concernés si le demandeur d'un tel accès doit être qualifié d'opérateur de réseaux publics de communications, soit une interopérabilité des services de SMS et de MMS si ce demandeur ne relève pas de cette qualification. Il résulte de ce qui précède qu'il convient de répondre à la troisième partie de la première question posée qu'une autorité réglementaire nationale peut ordonner à une entreprise qui n'a pas de puissance significative sur le marché, mais qui contrôle l'accès aux utilisateurs finals de négocier de bonne foi avec une autre entreprise soit une interconnexion des deux réseaux concernés si le demandeur d'un tel accès doit être qualifié d'opérateur de réseaux publics de communications, soit une interopérabilité des services de SMS et de MMS si ce demandeur ne relève pas de cette qualification »²³⁷¹. Le Competition Appeal Tribunal fait la même interprétation de cette disposition²³⁷². L'arrêt *Commission c. Belgique* précise encore : « les autorités réglementaires nationales doivent être habilitées à intervenir à tout moment dans les négociations qui conduisent à un accord d'interconnexion. Le législateur communautaire a clairement envisagé que cette faculté d'intervention dût être distincte du pouvoir d'exiger la modification d'accords d'interconnexion déjà conclus »²³⁷³.

769. La notion d'obligation est donc la seule qui puisse saisir de manière adéquate la base légale de l'injonction, nécessairement fuyante. Le contrôle de l'injonction sera ainsi un contrôle de légalité classique²³⁷⁴. Il est possible d'affirmer à la suite de ces arrêts que les autorités sectorielles des communications électroniques bénéficient d'un pouvoir d'injonction pour intervenir à tout moment dans les accords d'interconnexion, mais ce pouvoir ne se limite

d'injonction crée pour l'autorité administrative une faculté (celle d'édicter ou non la décision) mais pour son destinataire, l'obligation d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une manière particulière, elle l'invite à tenir ou à ne pas tenir telle conduite.

²³⁷¹ V. C.J.C.E., 12 novembre 2009, *TeliaSonera Finland Oyj*, aff. C-192/08, points 49-62.

²³⁷² V. *Competition Appeal Tribunal, Rapture Television plc v Office of communications*, préc., §100.

²³⁷³ V. C.J.C.E., 19 septembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-221/01, Recueil p. I-7835, JO C 227 du 11.8.2001, §33 et 34.

²³⁷⁴ V. Conseil d'État, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n° 247866 (décision de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en date du 16 avril 2002 enjoignant à France Télécom de modifier les tarifs de son offre de référence du 16 juillet 2001 pour l'accès à la « boucle locale ») : *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n° 3, p. 112, note A. Claeys ; *AJDA* 2005. 997, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave ; *RTD eur.* 2006. 301, chron. D. Ritleng ; *R.D.P.* 2005, pp. 1643-1679, note P. Idoux ; *R.J.E.P.*, 2005, pp. 355-365, note J.-H. Stahl ; *JCP A*, 2005, p. 1101-1107, note E. Breen ; *JCP A*, 2005, pp. 632-635, note E. Saulnier-Cassia ; *Droit administratif* 2005, pp. 26-29, note S. Blazy, M. Bazex ; *R.F.D.A.*, 2005, pp. 446-448, note P. Terneyre

pas à cela, comme le montre d'ailleurs la pratique décisionnelle de ces autorités. Et même si parfois l'injonction semble se cacher derrière des termes plus avenants, manifestant certainement cette volonté à l'amélioration des relations de l'Administration et des administrés, le commandement n'en est pas moins réel²³⁷⁵.

Conclusion du § 2

Les autorités sectorielles sont du pouvoir d'émettre de véritables injonctions qui invitent leur destinataire à corriger leur comportement, et ce, dans le but de procéder à l'exécution des obligations légales qui leur incombent.

L'identification de ces mesures n'est toutefois pas aisée en droit français. Aussi, l'identification du régime juridique et, plus précisément, des garanties procédurales n'est pas évidente. Ces mesures peuvent se présenter comme de simple préalable ou comme des mesures définitives, ce qui n'emporte pas les mêmes conséquences. Le régime des mises en demeure, souvent préalable à une procédure de sanction n'est pas le même que celui des injonctions définitives dont l'objet sera, par exemple de forcer les destinataires à modifier certains éléments de leurs contrats.

Conclusion de la Section 2

Les autorités de régulation sont dotées de deux catégories de mesures qui constituent toutes deux des injonctions, sans posséder entièrement les mêmes caractères. D'une part, ces instances peuvent prononcer des mesures provisoires dont la caractéristique est de répondre à une situation d'urgence et, aussi, d'être provisoires. Cet élément temporel s'explique par le caractère souvent accessoire de cette mesure, accessoire à une procédure engagée sur le fond.

En plus de ce pouvoir, les autorités sectorielles jouissent aussi d'un pouvoir d'injonction, qui est lui aussi caractérisé par une certaine diversité. Il apparaît ainsi qu'il faut distinguer, parmi les pouvoirs d'injonction dont disposent ces instances entre ceux qui ont un caractère préalable (préalable à une procédure répressive) et ceux qui ont un caractère définitif. Les deux types de mesures ne peuvent être envisagés ensemble, amalgamés, car les protections seront nécessairement différentes. Le régime des mises en demeure préalable à une procédure de sanction n'est ainsi pas le même que celui des injonctions définitives imposant de modifier un comportement, de modifier des clauses dans un ensemble de contrats et qui peuvent donc avoir des conséquences importantes.

Conclusion du Chapitre 2

La fonction coercitive manifeste toute l'étendue des pouvoirs dont bénéficient les autorités de régulation. Depuis les sanctions jusqu'aux injonctions (provisoires, préalables, définitives), elles ont à leur disposition un arsenal coercitif efficace.

Pourtant, la construction de ces catégories, dans la perspective d'une analyse de droit comparé, est peu aisée. De surcroît, l'empilement des ordres juridiques (interne et européens) ne facilite pas l'analyse et l'énoncé de critères clairs et assurés. De plus, l'absence de théorie

²³⁷⁵ V. ARCEP, décision n° 2010-0806 en date du 22 juillet 2010.

générale des actes administratifs en droit anglais rend l'analyse difficile. Ces obstacles ne sont toutefois pas insurmontables et, de manière croissante, l'émergence du droit commun des droits de l'homme permet d'établir entre les deux pays une notion commune. Il apparaît malgré tout que les deux pays partagent une conception commune de la sanction administrative.

À ce pouvoir de sanction s'ajoute un pouvoir d'injonction, caractérisé par sa diversité. Les mesures conservatoires caractérisées par l'urgence et un aspect accessoire cohabitent avec les mesures d'injonction préalable à une procédure d'infraction et celles enfin définitives, visant à imposer la modification pour l'avenir d'un comportement en contravention aux lois et règlements en vigueur.

Conclusion du Sous-Titre 1

La diversité des actes juridiques qui matérialise l'exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation est un caractère dominant et réellement spécifique à ces autorités. Ces instances doivent en effet manier à la fois des procédures de règlement des différends (qui se présentent comme des mesures d'injonction ayant pour objet l'accès à un bien et qui ne peuvent être engagées qu'en présence d'un différend), et des procédures coercitives.

La fonction contentieuse des autorités de régulation est donc bien, à ce titre, spécifique. Elles seules disposent d'un tel arsenal de mesures. Elles disposent en outre de pouvoirs qui s'apparentent à celui d'un juge civil, ce qui les distingue d'autres autorités administratives indépendantes comme les autorités de concurrence ou celle en charge de la surveillance des marchés financiers.

Mais c'est surtout la mission de régulation à laquelle participe cette fonction contentieuse qui permet d'établir le plus clairement la spécificité de celle-ci.

SOUS-TITRE II — L'UNITÉ DE LA MISSION

La fonction contentieuse des autorités de régulation se manifeste donc par la production d'un certain nombre d'actes dont les caractères ont été définis précédemment. Il faut à présent étudier la mission particulière à laquelle participe cette fonction. L'identification de cette mission permettra de comprendre en les rassemblant certaines conclusions précédemment formulées : le rôle de la concurrence, refusée puis consacrée dans la gestion des services publics en réseau, l'influence de l'analyse économique du droit dans le changement de paradigme des politiques publiques, le rôle nouveau de la notion d'accès, la spécificité du règlement des différends, la remise en cause du droit des contrats et de la propriété au nom de la concurrence. L'ensemble de ces éléments montrent que les actes des autorités sectorielles, et particulièrement le règlement des différends, participent d'une fonction juridique nouvelle, fonction qui permettra en dernière instance de comprendre la raison d'être des réformes précédemment exposées et le rôle des autorités sectorielles dans la promotion de la concurrence.

La recherche d'une définition de la notion de régulation impose au préalable un recensement et un classement des définitions existantes afin de manifester le cadre et l'apport de l'étude. Il apparaît en effet que les différentes définitions proposées ne se placent pas à un même niveau d'analyse. Après avoir explicité ces définitions, il faudra élaborer une définition qui permette de rendre compte des changements étudiés. La définition de la régulation devra ainsi permettre de comprendre plus précisément la fonction étudiée. Le règlement des différends en particulier, dans sa nouveauté, ne peut être compris complètement que dans le cadre des changements qui ont affecté l'ordre juridique avec l'émergence de la régulation.

*

Chapitre 1 — Les définitions disponibles

Chapitre 2 — Les définitions proposées

CHAPITRE I — LES DÉFINITIONS DISPONIBLES

770. La définition de ce terme, dont tous les auteurs s'accordent pour affirmer le caractère flou et pour dénoncer l'anarchie sémantique qui l'entoure, s'impose étant donné son omniprésence dans les secteurs étudiés et, de manière générale, sa pénétration dans les droits administratifs des États occidentaux²³⁷⁶.

Les définitions disponibles de la notion de régulation dans les différents systèmes juridiques peuvent être classées de multiples manières. La difficulté première à laquelle se heurte l'entreprise tient au problème de traduction des termes. Le terme *regulation* en anglais désigne avant tout la réglementation : il ne fait guère de doute dans la doctrine de *common law* que la *regulation* est d'abord la réglementation. De nombreux auteurs définissent ainsi le terme anglais *regulation* comme étant : « la promulgation de règles par le gouvernement, règles accompagnées de mécanismes de contrôle et de sanction »²³⁷⁷. Mais le terme régulation a connu une profonde évolution sémantique sous l'influence de disciplines hors du champ juridique.

771. Aussi, afin de donner une cohérence à l'étude faudra-t-il restreindre l'analyse au champ exclusivement juridique, en éliminant de la réflexion tant les définitions économiques²³⁷⁸ que sociologiques²³⁷⁹, de politique économique²³⁸⁰, ou celles issues des sciences dites dures (mécanique, biologie, thermodynamique, etc.)²³⁸¹ de la régulation, pour ne se concentrer que sur les définitions strictement juridiques. De même, l'analyse écartera de l'exposé les nombreuses études sur le caractère régulateur du droit en général, ces études ne portent en effet pas sur la régulation en tant que telle, mais sur le droit envisagé comme un moyen de « régulation des conduites »²³⁸². Les définitions issues des sciences économiques normatives,

²³⁷⁶ V. le constat dressé sur ce point par Daniel Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruylant, Coll. Mondialisation et droit international, tome 11, 2007, spéc. pp. 43-44. Un auteur lui dénie aujourd'hui toute existence, estimant qu'il s'agit d'une notion contingente, dotée d'un régime indigeant : A. Sée, *La regulation du marché en droit administrative*, Étude critique, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2010.

²³⁷⁷ V. J. Black, « Critical reflections on Regulation », préc., p. 11 (« regulation is the promulgation of rules by government accompanied by mechanisms for monitoring and enforcement, usually presumed to be performed through a specialist public agency ») ; R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *A reader on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998 ; R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation*, préc..

²³⁷⁸ Dans les sciences économiques, la notion est utilisée pour désigner l'intervention de l'État, que celle-ci prenne la forme de la police ou du service public. Il y a aussi une école de la régulation en économie (V. R. Boyer Robert, Y. Saillard, *Théorie de la régulation : l'état des savoirs*, Recherches, Paris, La découverte, 2002).

²³⁷⁹ Ces définitions sont, pour Gérard Timsit, « trop vagues » (V. G. Timsit, *Archipel de la norme*, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, spéc. p. 163). V. un exposé dans : *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, C. Bessy, T. Delpeuch, J. Pelisse (dir.), Paris, LGDJ, 2011, pp. 22 suiv..

²³⁸⁰ V. pour cela la définition élaborée par B. du Marais, le « triangle d'or de la régulation » in *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, pp. 548 suiv..

²³⁸¹ V. sur ce point L. Calendri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse dactyl., Toulouse I, 2005, pp. 4-5 suiv. ; V. Arekian, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français (le cas des services publics en réseaux)*, Thèse dactyl. Lille II, 2003, pp. 41 suiv..

²³⁸² V. F. Chazel, J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1991 ; A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et Société. Recherches et travaux, 1998, pp. 47 suiv. ; J.-C. Jobart, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », in *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* n° 2004-1, pp.

à partir des travaux de l'École du Public Choice qui abordent la régulation à partir d'une analyse des intérêts privés (ou *private interest theory of regulation*), seront aussi écartées du champ d'investigation. Ces définitions, quoiqu'influences au point d'apparaître dans le manuel de droit administratif de Paul Craig²³⁸³, expliquent la régulation par l'action d'individus ou de groupes dont la motivation est de maximiser leur intérêt, d'obtenir des rentes de situation²³⁸⁴. Ces théories ne sont pas des définitions de la régulation, mais des arguments contre celle-ci. Elles ont en outre été présentées plus tôt dans cette étude. Enfin, les théories qui se présentent comme des modalités de régulation, des manières de réguler seront aussi exclues : ainsi, les théories concernant l'autorégulation (*self-regulation*)²³⁸⁵, la régulation du risque (*risk regulation*)²³⁸⁶, ou celle de la régulation réactive (*responsive regulation*)²³⁸⁷ ou enfin de la régulation basée sur des principes (*principles based regulation*)²³⁸⁸, ne sont pas des théories qui tentent de comprendre le phénomène, mais qui

33-73, spéc. pp. 50 suiv. ; J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, n°49, pp. 827-846, spéc. p. 830 ; A. Lyon-Caen, « Régulation », in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet, P.U.F., 2004.

²³⁸³ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 341, n° 11-013.

²³⁸⁴ V. B. Morgan, K. Yeung, *An introduction to law and regulation: text and materials*, Cambridge University Press, 2007, pp. 43 suiv.. Ce courant possède une face politique : la régulation résulte des tentatives de différents groupes de pression de favoriser leur position, certains ayant des avantages sur les autres et obtenant des privilèges de la puissance publique (v. aussi la remise en question de ces théories à partir d'une étude des procédures administratives par S. P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, pp. 1 suiv.).

²³⁸⁵ V. par ex. J. Black, « Constitutionalizing Self-Regulation », *The Modern Law Review*, vol. 59, n°1, pp. 24-55. Cet auteur définit ainsi l'auto-régulation : « The term 'self' is thus used to describe a collective. 'Self-regulation' describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority (p. 27).

²³⁸⁶ V. En général, le concept de *risk regulation* revient à une étude de l'intervention de l'État dans des secteurs sensibles comme la santé ou l'environnement. Le concept de *risk regulation* est issue des travaux d'U. Beck sur la société du risque (U. Beck, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, Coll. Champs, tome 546, 2004) ; *The government of risk : understanding risk regulation regimes*, C. Hood, H. Rothstein, R. Baldwin (ed.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2001 (« This book examines the regulation of risk, defined as governmental interference with market or social processes to control potential adverse consequences to health ») ; E. Fisher, *Risk regulation and administrative constitutionalism*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2007 (cet auteur ne définit pas cette notion, on peut toutefois déduire de ses propos qu'il s'agit de l'activité de réglementation dans certains domaines comme la santé et l'environnement, v. p. 31). La *risk regulation* est aussi devenue une notion de science administrative qui s'est répandue dans l'ensemble des pays développés. Il s'agit d'après Julia Black et Robert Baldwin de concentrer l'activité du régulateur sur les risques plutôt que sur les règles. Aussi les régulateurs doivent-ils commencer par identifier les risques qu'il leur faut contrôler plutôt que les règles qu'ils doivent sanctionner (V. J. Black, R. Baldwin, « Really Responsive Risk-Based Regulation », *Law & Policy*, vol. 32, Issue 2, pp. 181-213, spéc. pp. 183 suiv.).

²³⁸⁷ Cette notion est issue des travaux de Ian Ayres et John Braithwaite et se concentrent sur l'activité de contrôle et de sanction. V. I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992. Ce travail fondateur a ensuite été considérablement développé et raffiné, notamment par par Robert Baldwin, Julia Black, « Really Responsive Regulation », *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n° 1, pp. 59-94 (voici le manifeste de ces auteurs : « Really Responsive Regulation seeks to add to current theories of enforcement by stressing the case for regulators to be responsive not only to the attitude of the regulated firm but also to the operating and cognitive frameworks of firms; the institutional environment and performance of the regulatory regime; the different logics of regulatory tools and strategies; and to changes in each of these elements »). Ces auteurs ont ensuite écrit : R. Baldwin, J. Black, « Really Responsive Risk-Based Regulation », *Law and Policy*, 2010, vol. 32, n°2, pp.181-213.

²³⁸⁸ Ce type de technique a été développé par la Financial Services Authority. Julia Black résume ainsi cette technique qu'elle désigne par l'acronyme PBR : « PBR can take one or both of two forms: rule book PBR, which how the rules in a rulebook or code of conduct are written, and operational PBR, which is how the regulator performs its regulatory tasks. Rule book PBR involves formulating rules which are broad, general and purposive and which may or may not be elaborated in further rules or guidance, for example, 'you shall act with integrity',

s'attachent à certaines de ses modalités ou qui proposent d'insister sur tel ou tel aspect de celles-ci, souvent avec une forte connotation normative.

772. On trouve ainsi plusieurs niveaux de définitions. Même si la classification peut sembler parfois artificielle, les auteurs se concentrent en général sur un élément tout en prenant en compte, en arrière-plan de leur analyse, les autres changements plus globaux intervenus. Par exemple, les auteurs qui étudient la régulation à partir des évolutions de la normativité n'ignorent pas les changements dans les modes d'intervention de l'État. La classification se concentrera sur les niveaux d'analyse. Tous les auteurs étant à peu près d'accord sur les constats : les mouvements de privatisations ou les changements dans les modalités institutionnelles d'intervention de l'autorité publique ; ceux-ci mettent néanmoins l'accent, abordent ce phénomène sous un certain angle.

Un premier courant d'analyse étudie la régulation sous l'angle des bouleversements de la normativité juridique (Section 1). D'autres réflexions, majoritaires peut-être, se situent dans le cadre des changements des modes d'intervention de l'État (Section 2). Enfin, certains auteurs développent une analyse de la régulation en relation avec l'idée de marché (Section 3).

*

Section 1 — Régulation et normativité

Section 2 — Régulation et État

Section 3 — Régulation et marché

or 'firms shall act in the best interests of their clients'. These are in contrast to 'bright line rules', which contain specific, often quantitative provisions, and detailed, often prescriptive rules, which contain a number of preconditions or exceptions. In PBR regimes, the principle forms the 'backstop' to those more detailed provisions, and acts as a guide to their interpretation and application in particular instances. Neither principles nor rules usually function particularly successfully without the other » (J. Black, « Designing Regulation: Lessons from the Financial Crisis », Warwick Law School & Law Commission Symposium on Law Reform & Regulation, 13th-14th September 2011).

Section 1 — *Régulation et normativité*

Plusieurs auteurs ont attaché leur nom à la réflexion sur la régulation en termes de normes, de changement dans la formation et les qualités de la norme, car, pour emprunter l'expression d'Yves Gaudemet, « la « régulation » est le nouveau pavillon de la normativité »²³⁸⁹ ou, pour le dire avec les mots de Laurence Boy, « la régulation est l'une des formes, réellement nouvelle et palpable de la normativité juridique, comme réponse à la complexité croissante des sociétés développées »²³⁹⁰.

La régulation est, pour Gérard Timsit, la manifestation d'une nouvelle normativité, une normativité dialoguée (§1). La régulation s'exprime aussi en rapport avec les changements affectant les actes juridiques (§2).

*

§1 — La régulation comme normativité dialoguée

§2 — La régulation et la théorie de l'acte juridique

*

§ 1 — La régulation comme normativité dialoguée

773. La théorie de la régulation élaborée par Gérard Timsit est d'une part une « théorie de la norme »²³⁹¹ et, d'autre part, il faut la situer dans le prolongement de ses travaux sur la notion de dialogisme, travaux commencés dans les années 1980²³⁹². Pour cet auteur, le dialogisme, indique, en science juridique, « que la génération des normes ne se fait pas à partir d'un principe unique — l'État ou la société — ni ne se rattache à une seule logique ». Frédéric Géra insiste sur le fait que les travaux de Gérard Timsit sur la régulation s'inscrivent dans la lignée

²³⁸⁹ V. Y. Gaudemet, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 1/2004, n°109, pp. 13-16, spéc. p. 13, n° de la revue sur La régulation.

²³⁹⁰ V. L. Boy, « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), Larcier, Coll. Droit-économie internationale, 2008, pp. 333 suiv., spéc. p. 335. V. aussi l'analyse de la « régulation négociée » à partir du cas américain, que livrent Jean de Munck et Jacques Lenoble, « Droit négocié et procéduralisation », in *Droit négocié, droit imposé ?*, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Facultés universitaires Saint-Louis, Coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, tome 72, 1996, pp. 171 suiv..

²³⁹¹ V. I. Chaabouni, *La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers*, thèse préc., p. 115.

²³⁹² V. G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., Coll. Les Voies du droit, 1986. V. l'analyse de la notion de dialogisme chez Gérard Timsit, in F. Géra, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, *Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Thèse dactyl., Nancy 2, tome 1, p. 122 suiv..

d'un programme de recherche initié en 1986 sur le dialogisme, théorie empruntée à la linguistique²³⁹³.

774. Dès 1996, Gérard Timsit place sa réflexion sur la notion de régulation dans le cadre d'une réflexion sur les changements de la norme qu'accompagne un bouleversement des modes d'intervention de l'État²³⁹⁴. Dans l'Archipel de la norme, en 1997, sa réflexion prend pour cadre la jurisprudence sur les circulaires à partir de l'arrêt Notre-Dame du Kreisker. La régulation manifesterait l'existence d'une « normativité sans juridicité »²³⁹⁵, de « pratiques normatives » intermédiaires entre les « activité [s] sanctionnée [s] et donc obligatoire [s] — et c'est du droit, du droit réglementaire ; ou bien l'on est en présence d'une activité qui ne revêt pas ce caractère, et elle ne s'analyse qu'en l'exercice d'une simple fonction d'interprétation »²³⁹⁶. C'est, dans cet interstice entre la réglementation et l'interprétation que la régulation, pour l'auteur, se logerait²³⁹⁷.

775. Après avoir manifesté l'existence de la régulation à partir de la jurisprudence, Gérard Timsit inscrit ce changement normatif dans le cadre plus large d'un changement social, changement sur lequel s'accorde d'ailleurs la plupart de la doctrine²³⁹⁸. L'émergence de la régulation s'explique pour l'auteur par une révolution sociale : « la pensée de la régulation suppose en effet cette révolution — que de la Cité l'on soit passé à la société ; de l'égalité et de l'uniformité à une autre forme de l'égalité, plus universelle, parce que moins abstraite et plus différenciée, c'est-à-dire mieux adaptée à chacun des individus — et que l'on renonce à la conception de la loi comme écriture générale et impersonnelle »²³⁹⁹. La régulation permet ainsi la constitution de cette « forme « différée » de l'exercice du pouvoir normatif », de cette « fonction de traitement des situations d'incertitude »²⁴⁰⁰. Par rapport à la forme statocentrique des sociétés dans lesquelles la loi est imposée de l'extérieur, « la régulation, est, elle, une loi que le groupe s'impose à lui-même »²⁴⁰¹. L'impact de ce changement sur la norme est alors double : il porte d'une part sur son élaboration qui devient interne au groupe, « la régulation devient une action du groupe sur lui-même »²⁴⁰² ; et, d'autre part, il a des conséquences sur le caractère obligatoire de l'acte, la sanction étant remplacée par des « mécanismes de coopération »²⁴⁰³. De surcroît, concernant la substance de la régulation, Gérard Timsit affirme que contrairement à la réglementation traditionnelle, la régulation est, elle, procès : « la généralité de la norme d'orientation ne s'accomplit que dans et par les normes singulières destinées à mettre en œuvre l'orientation assignée »²⁴⁰⁴. La régulation est ancrée dans la singularité, il s'agit d'une fonction de « spécification », de

²³⁹³ V. F. Géa, Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle, Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, Thèse dactyl., Nancy 2, tome 1, p. 134, note 722.

²³⁹⁴ V. G. Timsit, « Les deux corps du droit Essai sur la notion de régulation », Rev. française d'administration publique, n° 78, 1996, pp. 375 suiv. ; G. Timsit, Archipel de la norme, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, spéc. p. 163.

²³⁹⁵ V. G. Timsit, Archipel de la norme, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, spéc. p. 174.

²³⁹⁶ V. G. Timsit, Archipel de la norme, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, spéc. p. 177.

²³⁹⁷ V. G. Timsit, Archipel de la norme, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, spéc. p. 182.

²³⁹⁸ V. P. Coppens, « Théorie de la norme et régulation », in Annales de la Régulation, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, vol. 1, 2006, pp. 79-110, spéc. n°10.

²³⁹⁹ V. *Ibidem*, p. 197.

²⁴⁰⁰ V. *Ibidem*, p. 198.

²⁴⁰¹ V. *Ibidem*, p. 198.

²⁴⁰² V. *Ibidem*, p. 200.

²⁴⁰³ V. *Ibidem*, p. 202.

²⁴⁰⁴ V. *Ibidem*, p. 212.

« contextualisation »²⁴⁰⁵. Ses dernières analyses renforcent et confirment sa position : « la régulation est une des formes, une forme nouvelle et autonome, de la normativité : elle est la réponse que prétendent apporter les sociétés contemporaines au problème de la normativité sociale — aux problèmes que posent les crises dont sont affectées les sociétés contemporaines dans leur fonctionnement normatif »²⁴⁰⁶. C'est dans ces dernières analyses que Gérard Timsit opère un lien entre ses analyses sur le dialogisme et celles portant sur la régulation. La régulation est en effet définie comme une normativité dialoguée, qui s'oppose et répond à la crise des normativités du marché et de l'État : « Une nouvelle normativité sociale — qui se manifeste en effet désormais au travers de phénomènes — ce sont eux que l'on appelle « la régulation » — extrêmement divers, mais qui ont tous en commun de vouloir substituer, et pour combattre leurs défaillances, à la normativité spontanée du marché et à la normativité imposée de l'État, une normativité dialoguée — une normativité qui, fondée sur le dialogue de ceux et avec ceux auxquels elle est destinée, puisse retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes qu'elle prétend régir »²⁴⁰⁷. Le dialogue est ici le dialogue pour la production de la norme qu'a rendu nécessaire tant la réduction de l'ampleur de l'État que le mouvement d'indépendance qui a touché certaines administrations. Le dialogue implique en outre un changement dans l'impérativité de la norme et sa contextualité²⁴⁰⁸.

Gérard Timsit considère ainsi que la régulation exprime un changement de la normativité. D'autres auteurs analysent la régulation à partir des changements qui ont affecté les caractères des actes juridiques.

§ 2 — Régulation et actes juridiques

La régulation a une influence sur les caractères et l'élaboration de l'acte juridique (I) et sur le contenu de l'acte juridique (II).

I — Régulation, caractères et élaboration de l'acte juridique

776. Martin Collet inscrit, lui aussi, sa réflexion sur la régulation dans le cadre des changements qui ont affecté la norme. La notion de régulation trouve déjà une place dans sa thèse où cette fonction, à partir d'une analyse du droit positif, lui a permis de mettre en lumière la spécificité du régime juridique propre des sanctions administratives des autorités de régulation²⁴⁰⁹. Il revient ensuite sur cette notion. Cet auteur associe la régulation à deux

²⁴⁰⁵ V. *Ibidem*, p. 214.

²⁴⁰⁶ V. G. Timsit, « Normativité et régulation », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, Études et doctrines, La normativité.

²⁴⁰⁷ V. *Ibidem*.

²⁴⁰⁸ V. aussi ses analyses en anglais in G. Timsit, « Braibant Lecture 2007: Reinventing the State to be continued », *International Review of Administrative Sciences*, June 2008, vol. 74, n° 2, pp. 165-175.

²⁴⁰⁹ V. M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, préc., le titre second. Cette thèse est aussi présentée in M. Collet, « De la consécration à la légitimation Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in *Droit et économie de la régulation*, préc., tome 1, spéc. p. 42 ; M. Collet, « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *Revue juridique de l'économie publique*, mars 2008, pp. 11 suiv., spéc. p. 12-13.

catégories d'objets juridiques : des normes souples d'une part qui « privilégient [...] la recommandation, l'incitation, l'invitation ou encore la dissuasion »²⁴¹⁰ ; et un certain mode d'élaboration de celles-ci d'autre part, méthodes qui « s'appuient sur la participation des destinataires de la norme à sa formation, à travers des mécanismes de dialogue plus ou moins formels et plus ou moins poussés (consultation, discussion, négociation...) »²⁴¹¹.

777. Cette analyse, dans son volet participatif, trouve un écho au Royaume-Uni dans la théorie dite des « parties prenantes » (ou *stakeholder theory*)²⁴¹². Cette théorie propose une vision de la régulation dans laquelle l'intérêt général fixé par le gouvernement et l'autorité sectorielle serait complété de celui des différentes parties prenantes (consommateurs, actionnaires, direction des entreprises, concurrents, fournisseurs employés, etc.). Cette théorie, comme le remarque Tony Prosser, a l'avantage de mettre l'accent sur la nécessité de mettre en place des procédures participatives menant à la prise de décision²⁴¹³.

La régulation manifeste aussi, pour certains, un nouveau contenu de l'acte juridique.

II — Régulation et contenu de l'acte juridique

778. La démarche de Laurence Calendri est aussi caractéristique de ce mouvement. Celle-ci définit en effet la régulation en droit administratif à partir de l'acte de régulation, qu'elle qualifie d'acte invitatif²⁴¹⁴. « L'identification de la fonction de régulation, explique Laurence Calendri, a permis de mettre en évidence l'existence d'actes « innomés ». Ces derniers sont communs à l'ensemble des organes qualifiés officiellement de régulation. L'étude des caractères juridiques de cette « fonction-objet » impliquait par conséquent d'identifier ses propriétés. La régulation est une fonction nouvelle ; elle désigne des actes irréductibles aux catégories existantes [...]. Les spécificités de ce procédé s'apprécient d'abord au plan de sa

²⁴¹⁰ V. M. Collet, « La régulation fiscale », *Droit fiscal* n° 12, 20 Mars 2008, 220, spéc. n°4. V. aussi sur le constat que la régulation traduit l'existence d'une « normativité assouplie » : F. Ost, « La régulation : des horloges et des nuages ... », in *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, B. Jadot, F. Ost (dir.), Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Travaux et recherches, Facultés universitaires Saint-Louis, tome 39, 1999, spéc. p. 21. V. aussi dans le même sens M. M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique Vers un ordre public régulateur », in *Mélanges Farjat*, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, spéc. p. 289 : « L'ordre public régulateur indique le passage à une juridicité à la fois envahissante et "flexible", jouant sur tous les registres du discours juridique ».

²⁴¹¹ V. M. Collet, « La régulation fiscale », *Droit fiscal* n° 12, 20 Mars 2008, 220, spéc. n°4. V. aussi M. Collet, « Valeur(s) de la régulation », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, pp. 241 suiv., spéc. p. 247 : « Dès lors, derrière la notion de "régulation juridique", on voudrait regrouper : l'ensemble des techniques visant à faire participer les destinataires de normes unilatérales ("molles" ou "dures") à leur élaboration, ainsi que l'ensemble des normes unilatérales "molles", c'est-à-dire formellement non impératives et/ou non sanctionnées mais ayant vocation à être suivies ». V. aussi M. Collet, « Le droit fiscal, berceau de la régulation ? », in : T. Revet et L. Vidal (dir.), *Annales de la régulation* (vol. 2), ed. Institut de Recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), 2009, p. 39, spéc. p. 40 il réaffirme le fait que la régulation a deux objets : des « normes particulières » et « des méthodes d'élaboration du droit spécifiques ».

²⁴¹² Cette théorie a été développée au début des années 1990 sous les auspices de l'influent Institute for Public Policy Research : v. D. Souter, « A Stakeholder Approach to Regulation » in D. Corry, D. Souter and M. Waterson, *Regulating Our Utilities* (London, Institute for Public Policy Research, 1994), pp. 35 suiv.. V. l'analyse de T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », art. préc., pp. 206 suiv..

²⁴¹³ V. T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », art. préc., p. 209.

²⁴¹⁴ V. L. Calendri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, thèse préc., spéc. partie 1, titre 2 « Les caractères juridiques de la régulation », pp. 258 suiv..

nature invitative, caractéristique prévalente de cet acte. L'étude du produit de l'activité de régulation rend compte d'une originalité : elle se définit comme une invitation. L'acte de régulation suggère l'adoption d'une conduite, d'un modèle comportemental »²⁴¹⁵.

779. C'est à un autre niveau d'analyse du contenu de la norme qu'Alain Supiot place son analyse de la régulation. Il affirme en effet que « d'un point de vue juridique, la régulation apparaît comme une tentative de synthèse des deux figures de la Norme qui s'opposent en Occident depuis l'essor de la science moderne, [...]. D'un côté la norme juridique, qui tire sa force d'une foi partagée dans les valeurs qu'elle est censée exprimer (l'ordre, la justice, la liberté, l'égalité, la propriété privée, etc.) ; et de l'autre la norme technique, qui tire sa force de la connaissance scientifique des faits qu'elle est censée représenter »²⁴¹⁶. Alain Supiot est très critique de cette évolution de la norme juridique, car la régulation « aborde les êtres vivants comme des machines dont on peut formaliser les mécanismes d'ajustement à leur environnement », et le droit se trouve ainsi réduit à « un mode éventuel, et assez archaïque, de formalisation des lois naturelles que nous révélerait la connaissance scientifique et technique, comme un simple outil nettoyé de toute trace dogmatique »²⁴¹⁷. La norme de régulation manifesterait ainsi l'emprise des experts sur la production de la norme, celle-ci procédant « également d'un mécanisme d'équilibre des forces à l'œuvre sur les marchés, Alain Supiot rajoute, du travail »²⁴¹⁸, puisque tel est son champ d'analyse.

Conclusion de la Section 1

La doctrine analyse donc la régulation à partir des changements de la normativité : l'émergence d'une normativité dialoguée pour Gérard Timsit, l'apparition de nouveaux modes d'édiction des actes juridiques ou, même, d'un nouveau contenu de l'acte juridique.

D'autres auteurs voient dans la régulation la manifestation des changements des modes d'intervention de l'État.

²⁴¹⁵ V. L. Calendri, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, thèse préc., p. 476.

²⁴¹⁶ V. A. Supiot, Critique du droit du travail, P.U.F., Coll. Quadriga Essais, débats, 2007, spéc. préface p. XI.

²⁴¹⁷ V. A. Supiot, Critique du droit du travail, P.U.F., Coll. Quadriga Essais, débats, 2007, spéc. préface p. XII.

²⁴¹⁸ V. A. Supiot, Critique du droit du travail, P.U.F., Coll. Quadriga Essais, débats, 2007, spéc. préface p. XVI.

Section 2 — *La régulation et l'État*

780. Comme le résume Jean-Bernard Auby, la notion de régulation la plus répandue est celle qui correspond aux « nouvelles formes d'intervention publique dans une économie ouverte par les dérèglementations et les privatisations, ces nouvelles formes qui s'incarnent notamment dans le travail des autorités administratives indépendantes, les « agences de régulation » »²⁴¹⁹. La régulation désigne en fait, sous la plume de nombreux auteurs, l'intervention de l'État dans l'économie²⁴²⁰. Daniel Mockle résume bien le glissement sémantique qu'a subi ce terme. Alors qu'en droit administratif il désigne à l'origine clairement l'activité de réglementation de l'Administration, il est progressivement devenu, avec l'apparition des agences, un label, une « formule générique pour désigner l'action de l'État ou l'intervention d'autres agents économiques »²⁴²¹.

La régulation manifeste donc un changement des modalités d'intervention de l'État (§1), ou de son rôle (§2) ou, enfin, une nouvelle fonction de l'État (§3). Enfin, la régulation a aussi été envisagée, dans ses rapports avec l'État, dans le cadre de l'analyse systémique (§4).

§ 1 — Régulation et changement des modalités d'intervention de l'État

La doctrine a pu insister sur deux éléments. La régulation a ainsi pu être envisagée à partir du changement des modalités institutionnelles d'intervention de l'État (I) ou en fonction de l'évolution des modalités techniques de cette intervention (II).

I — Régulation et changement des modalités institutionnelles d'intervention de l'État

781. Toutes les définitions associent la régulation et l'apparition de cette nouvelle catégorie d'institution administrative, d'architecture institutionnelle²⁴²², que constituent les autorités

²⁴¹⁹ V. J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », Mélanges offerts à Gérard Timsit, Bruylant, 2005, pp. 209 suiv., spéc. p. 211. V. par ex. les définitions de J.-Y. Chérot (Droit public économique, préc., p. 318, n°198 : « la régulation des marchés doit se comprendre dans le contexte d'une intervention qui n'est pas destinée à se substituer aux choix des consommateurs, dans le but d'assurer toute une gamme de missions, la transparence, la loyauté de la concurrence, la mise en concurrence et les conditions de réalisation de missions d'intérêt général imparties à certaines entreprises dans des conditions de concurrence loyale »).

²⁴²⁰ V. par ex. de manière très claire : M. d'Alberti, « La régulation économique en mutation », Revue du droit public, 1^{er} janvier 2006, n°1, p. 231.

²⁴²¹ V. D. Mockle, La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique Bruylant, Coll. Mondialisation et droit international, tome 11, 2007, pp. 44-45. De même Julia Black affirme qu'une définition possible de la régulation est : « any form of direct state intervention in the economy, whatever form that intervention might take » (J. Black, « Critical Reflections on Regulation », préc., p. 11). V. aussi cette affirmation d'A. Ogun : « We need to recognize that 'regulation' is fundamentally a politico-economic concept and, as such, can best be understood by reference to different systems of economic organization and the legal forms which maintain them » (Regulation, Legal Form and Economic Theory, préc., p. 1).

²⁴²² Ce mot est employé par J. Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », Revue administrative, 1998, n°301, pp. 43 suiv..

administratives indépendantes. L'autorité administrative indépendante serait ainsi le critère organique de la notion de régulation²⁴²³. Dans les études économiques et juridiques, ce terme est utilisé d'ailleurs dans l'étude des grandes agences indépendantes américaines. La fonction de régulation et l'institution administrative nouvelle que constitue l'autorité administrative indépendante entretiennent historiquement, doctrinalement, des liens étroits : « la doctrine a désormais pris l'habitude d'aborder la notion de régulation selon une perspective fonctionnelle et de désigner par ce biais l'action des autorités administratives indépendantes »²⁴²⁴. La régulation sert dans ce cadre à désigner l'ensemble des missions de ces autorités. C'est déjà le terme qu'utilise le rapport sur les autorités administratives indépendantes de François Gazier et Yves Canac²⁴²⁵. Ces missions sont pour certains auteurs spécifiques à ces autorités, tandis que pour d'autres elles peuvent les partager avec des autorités administratives classiques, autrement dit, non indépendantes.

782. Au Royaume-Uni aussi, les études sur la régulation, bien souvent, se résument à une étude des agences créées à l'occasion de la privatisation et de l'ouverture à la concurrence de certaines activités²⁴²⁶. Les auteurs mettent en avant comme caractéristique de ces institutions de régulation, la pluralité des objectifs qui leur sont assignés ainsi que les multiples instruments juridiques qu'elles ont à leur disposition pour réaliser leur mission, faisant de ces instances de véritables « gouvernements en miniature »²⁴²⁷. Cette identification entre la régulation et le phénomène des autorités administratives indépendantes est particulièrement nette dans les manuels de droit administratif anglais, et particulièrement dans celui de Carol Harlow et Richard Rawlings²⁴²⁸.

La doctrine a pu ainsi mettre l'accent sur l'équivalence entre les autorités administratives indépendantes et la mission qui leur est impartie, définie par le terme régulation. Elle a aussi pu définir la régulation en mettant en évidence le changement des modalités techniques d'intervention de l'État.

²⁴²³ V. par ex. Cl. Champaud, « Régulation et droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2002, n° 1, pp. 23 suiv., spéc. p. 51 : « Le second élément distinctif des organisations juridiques régulatrices réside dans l'existence d'un organe régulateur, pivot de son fonctionnement (...). Le troisième élément caractéristique des organisations régulatrices réside dans la combinaison de leur nature administrative et de l'indépendance qui leur est assurée. » (pp. 51-53).

²⁴²⁴ V. L. Calendri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, thèse préc., p. 88.

²⁴²⁵ V. F. Gazier, Y. Cannac, *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, E.D.C.E. 1983-1984, n° 35, passim.. Ces auteurs définissent la régulation comme la « tâche qui consiste à assurer entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi », ils précisent que, dans ce cadre, le rôle de l'État « est moins de commander aux acteurs sociaux que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées » (p. 20). V. aussi J. Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP éd. G.*, 1986.I.3254.

²⁴²⁶ V. *Regulation and public law*, R. Baldwin, C. McCrudden, Weidenfeld and Nicolson, 1987. Les analyses de ce livre sont particulièrement nettes quant à l'assimilation de la régulation aux nouvelles formes institutionnelles de l'État puisque les analyses sont entièrement contrées sur celles-ci. V. aussi C. McCrudden, *Regulation and deregulation: policy and practice in the utilities and financial services industries*, Oxford, Clarendon, 1999, spéc. p. 4-5 ; G. Majone, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, vol. 17, n° 3, pp. 77-101, spéc. pp. 83 suiv. ; A. Young, *The Politics of Regulation: Privatized Utilities in Britain*, Palgrave Macmillan, 2001.

²⁴²⁷ V. T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », *The Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n°2, pp. 196 suiv., spéc. p. 199. Cette expression n'est pas récente, elle est utilisée pour la première fois, d'après Tony Prosser, pour désigner la Poor Law Commission, instance du XIXe siècle.

²⁴²⁸ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration* préc., chap. 7, pp. 282 suiv..

783. Les analyses de la régulation se placent aussi souvent dans le cadre d'une modification du rapport de l'Administration avec les administrés. La régulation exprime le changement de paradigme de l'action publique, d'une action unilatérale, « *top-down* » comme dit Jean-Bernard Auby, à une « vision réciproque », comme l'exprime le même auteur²⁴²⁹. Stéphane Braconnier montre aussi que la régulation se traduit dans de nouvelles modalités, de nouveaux outils d'action que sont la participation et la contractualisation²⁴³⁰. Aussi, présente-t-elle « un caractère pluridisciplinaire et ne se limite [-t-elle] pas aux moyens juridiques des polices administratives spéciales »²⁴³¹. Jean-Louis Autin relève la même originalité en insistant sur l'aspect temporel de cette mission. Il s'agit, pour cet auteur, d'un « mode opératoire original qui ne relève ni de la réglementation administrative ni de l'activité marchande [...] », qui « implique une action délibérée pour ajuster, autant que possible en temps réel, le comportement des opérateurs économiques par des moyens qui ne se limitent pas à la sphère du droit strictement entendue »²⁴³².

Conclusion du § 1

La régulation est ainsi pensée en référence aux nouvelles modalités d'action de l'État, institutionnelles ou techniques. S'il est un point commun entre beaucoup d'auteurs, de part et d'autre de la Manche, consciemment ou inconsciemment, c'est le pont établi entre le phénomène des autorités administratives indépendantes et la régulation. Mais cette fonction a aussi pu être pensée (sans que l'un n'exclut forcément l'autre) en fonction du changement du rôle de l'État.

§ 2 — La régulation et le changement du rôle de l'État

L'étude du changement du rôle de l'État, la naissance d'un État régulateur a pu amener la doctrine à penser la régulation en fonction des caractères de l'État providence (I). Celle-ci est allée plus loin si bien qu'un courant de pensée dans le monde anglo-saxon propose désormais de penser la régulation en dehors de l'État (II).

²⁴²⁹ V. J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », Mélanges offerts à Gérard Timsit, Bruylant, 2005, pp. 209 suiv., spéc. p. 212.

²⁴³⁰ V. S. Braconnier, Droit des services publics, P.U.F., Coll. Thémis Droit public, 2007, pp. 572. André-Jean Arnaud note aussi la place croissante que prend la société civile dans la production normative, mais il place cette évolution sous les auspices du terme « gouvernance » (« De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », Droit et Société, 1997, n°35, pp. 11-35).

²⁴³¹ V. G. Dellis, « Régulation et droit public “continental” Essai d'une approche synthétique », Revue du droit public et de la science politique, 2010, n°4, pp. 957 suiv., spéc. p. 960.

²⁴³² V. J.-L. Autin, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », préc., p. 877

784. La plupart des auteurs s'accordent pour réfléchir à la régulation dans le cadre des changements qui sont intervenus dans la manière dont l'État intervient dans l'économie. Ainsi, pour Jacques Chevallier, « la régulation se distingue des modes classiques d'intervention de l'État dans l'économie : elle consiste à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble ; par la régulation, l'État ne se pose plus en acteur, mais en arbitre du jeu économique, en se bornant à encadrer le jeu des opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions »²⁴³³. Aussi la régulation suppose-t-elle, pour Jacques Chevallier, trois éléments : une position d'extériorité de l'État, une capacité d'arbitrage entre les intérêts opposés des opérateurs économiques en présence, et une action continue²⁴³⁴. C'est aussi le constat de Marie-Anne Frison-Roche²⁴³⁵.

785. Pour Sophie Nicinski, elle, la notion de régulation, au fondement du nouvel État régulateur, se caractérise par la réunion de deux éléments : des objectifs et des modalités d'action spécifiques²⁴³⁶. Les modalités particulières d'intervention correspondent à l'ensemble des outils juridiques à la disposition de ces autorités tandis que les objectifs correspondent d'abord à assurer le respect de la libre concurrence et ensuite de « rééquilibrer les forces en présence ».

786. Dans le monde anglo-saxon, la notion d'État régulateur (ou *regulatory state*) s'est construite pour désigner les nouveaux modes d'intervention apparus avec la remise en question de l'État providence. La doctrine a aussi pu employer le terme, peut être plus heureux de « nouvel État régulateur » (ou « *new regulatory state* »)²⁴³⁷. L'État régulateur s'oppose donc à l'État providence²⁴³⁸ ou, pour employer le terme de Giandomenico Majone, à

²⁴³³ V. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, Série politique, tome 35, 2008, spéc. p. 62 ; J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001, n°49, pp. 827-846, spéc. p. 829, n°2 ; J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification » in *R.F.D.A.* sept.-oct. 2010, p. 900.

²⁴³⁴ V. aussi J. Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, 1998, n°301, pp. 43 suiv. J. Chevallier reprend la figure de l'arbitre in « L'État régulateur », *Régulation économique et démocratie*, M. Lombard (dir.), Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires. Actes, tome 46, 2006, spéc. p. 34.

²⁴³⁵ V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 610 suiv. (« Le droit de la régulation a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'État et son organisation administrative »).

²⁴³⁶ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., p. 20, n°42 ; S. Nicinski, « Personne publique et droit du marché », in *La personnalité publique*, Association française pour la recherche en droit administratif, Litex LexisNexis, Coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 1, pp. 225-239, spéc. p. 239 (repli de l'État sur une fonction de régulation) ; S. Nicinski, *Intervention économique et régulation*, in *Traité de droit administratif*, P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (ed.), Paris, Dalloz, 2011, spéc. p. 120.

²⁴³⁷ V. J. Braithwaite, « The New Regulatory State and the Transformation of Criminology », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40, n°2, pp. 222-238.

²⁴³⁸ V. C. Scott, « Regulation in the Age of Governance: the Rise of the Post-Regulatory State », préc., p. 148 ; Cass R. Sunstein, « Paradoxes of the Regulatory State », *University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990, pp. 407-442 ; R. H. Pildes, C. R. Sunstein, « Reinventing the Regulatory State », *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, pp. 1-130.

l'État positif ou dirigiste²⁴³⁹. Pour cet auteur, l'apparition de l'État régulateur s'explique par les restrictions croissantes qui encadrent l'action de l'État interventionniste. Cette apparition se traduit par le développement de la réglementation et le reflux des outils comme la taxation et la dépense publiques. L'État régulateur de cet auteur est donc proprement un État de réglementation. De même, pour John Braithwaite, l'État régulateur s'oppose aux fonctions traditionnelles de l'État comme fournisseur et distributeur²⁴⁴⁰. Julia Black confirme cette interprétation : « le contrepoint de l'« État régulateur » est l'« État providence », et la notion d'État régulateur sert à désigner la modification du mode de gouvernance de la fourniture directe des services publics à leur fourniture par des tiers sous le contrôle du gouvernement »²⁴⁴¹.

787. Au total, la régulation est pensée comme une sorte de synthèse entre les différentes formes de l'État. La doctrine, dans le monde anglo-saxon, s'est attachée, à essayer de penser la régulation en dehors de l'État.

II — Régulation et dépassement de l'État

788. Dans le monde anglo-saxon, la doctrine, depuis les années 1990, a élaboré une notion de régulation, influencée par la réflexion sur la gouvernance, beaucoup plus englobante et qui n'est plus centrée sur l'État, au point que certains auteurs parlent désormais « d'État postrégulateur »²⁴⁴². La doctrine adopte progressivement une approche de la régulation beaucoup plus diffuse, qui tente de dépasser l'État, ou pour reprendre le terme de Julia Black « décentrer » la régulation de l'État²⁴⁴³, et qui permet d'envisager la régulation comme un phénomène qui englobe aussi le droit privé²⁴⁴⁴. L'analyse de Julia Black part d'une critique de la régulation traditionnelle, mais les fondements de cette critique, même s'ils ont les mêmes effets que ceux de l'École du Public Choice, sont néanmoins différents. Ce sont les travaux de

²⁴³⁹ V. G. Majone, « From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », *Journal of Public Policy*, vol. 17, n°2, pp. 139-167 ; G. Majone, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, vol. 17, n° 3, pp. 77-101.

²⁴⁴⁰ V. J. Braithwaite, « The Regulatory State », in *The Oxford Handbook of Political Institutions*, R.A.W. Rhodes, S. A. Binder, B. A. Rockman (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008, spéc. p. 406 ; M. Lodge, « Regulation, the Regulatory State and European Politics », *West European Politics*, vol. 31, n°1-2, pp. 280-301 ; K. Yeung, « The Regulatory State », in *The Oxford Handbook of Regulation*, M. Cave, R. Baldwin, M. Lodge (ed.), Oxford University Press, Coll. Oxford Handbooks in Business and Management, 2010, spéc. pp. 80-81 (où cet auteur contraste et oppose *regulatory state* et *welfare state*) ; M. Moran, *The British regulatory state : high modernism and hyper-innovation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, spéc. p. 12 (« it is a new kind of state, which differs from predecessor forms in turning away from hierarchy, command, and large-scale interventionist ambitions »). David Levi-Faur pose, lui, trois critères pour définir l'État régulateur : la séparation des fonctions de réglementation et de fourniture, celle des fonctions de réglementation et de définition des politiques, et finalement l'émergence de la régulation comme une étape distincte de la mise en œuvre des politiques (« Regulation & Regulatory Governance », *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper No. 1, February 2010, p. 19).

²⁴⁴¹ V. J. Black, « Critical Reflections on Regulation », préc., p. 14 (« The counterpoint to the 'regulatory state' is the 'welfare state', and 'regulatory state' is used to describe the shift in the style of governance from the direct provision of public services to their provision by others under government supervision »).

²⁴⁴² V. C. Scott, « Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state », préc., p. 145.

²⁴⁴³ V. J. Black, « Critical Reflections on Regulation », *Australian journal of legal philosophy*, 27 pp. 1-35.

²⁴⁴⁴ V. C. Scott, « Regulatory Governance and the Challenges of Constitutionalism », et F. Cafaggi, « Private Law-Making and European Integration: Where Do They Meet, When Do They Conflict? », in *The Regulatory State*, ouvrage préc..

Gunter Teubner sur l'analyse systémique et la vision autopoïétique du droit²⁴⁴⁵, ainsi que la conception du pouvoir développé par Michel Foucault qui lui permettent de séparer la régulation de l'État. Cette analyse part de plusieurs constats qui manifestent les limites des visions traditionnelles de la régulation : d'abord, les sociétés contemporaines sont caractérisées par une complexité croissante, ensuite par une fragmentation tant des savoirs, que du pouvoir et du contrôle²⁴⁴⁶. De surcroît, les acteurs et les systèmes sont, pour Julia Black, autonomes et ingouvernables, si bien que la régulation, intervenant de l'extérieur, risque de produire des résultats inattendus. Cette conclusion s'explique pour l'auteur par la caractéristique intrinsèque de tout système : les systèmes, « clos normativement, mais ouverts cognitivement » ne peuvent agir les uns sur les autres. Le quatrième aspect de l'analyse décentrée de l'État que Julia Black tente de mettre en œuvre est celui de l'interaction et l'interdépendance des différents acteurs sociaux entre eux, et de ces acteurs avec l'État. La régulation est donc en réalité coproduite par le jeu de ces interdépendances. Enfin, le cinquième élément de cette analyse est l'affaiblissement de la distinction des sphères publique et privée. Cette distinction ne serait plus pertinente pour analyser la régulation aujourd'hui en raison de l'apparition de nouveaux acteurs et de nouveaux réseaux en dehors de la sphère publique dont le rôle est tout aussi important. L'ensemble de ces éléments aboutit à une remise en question du rôle central de l'État dans la régulation. Aussi Julia Black définit-elle cette notion de manière très large pour englober tout un ensemble de phénomènes de pouvoirs et d'acteurs : « la régulation est l'entreprise prolongée et ciblée visant à modifier le comportement de tiers conformément à des critères et des objectifs dans l'intention d'engendrer un ou des résultats définis largement, ce qui peut exiger la définition de normes, la collecte d'informations, et la modification de certains comportements »²⁴⁴⁷. De récentes publications montrent l'intérêt grandissant de la doctrine anglaise pour une définition englobante de la régulation, qui permettrait de prendre en compte de multiples phénomènes et de dépasser une vision centrée sur l'État. Ainsi, Robert Baldwin, Martin Cave et Martin Lodge estiment que « la régulation est devenue un sujet de préoccupation qui dépasse le simple intérêt pour le « gouvernement par la règle » »²⁴⁴⁸. C'est la raison pour laquelle ces auteurs adoptent la définition de Julia Black. De même, Colin Scott, reprenant les mêmes bases théoriques que Julia Black, appelle au dépassement d'une vision de la régulation centrée sur le droit étatique pour prendre en compte « une gamme plus large de normes et de mécanismes par lesquels le contrôle s'affirme et est atteint, même indirectement »²⁴⁴⁹. Cette manière d'envisager la régulation se rapproche de la notion de gouvernance telle que les

²⁴⁴⁵ V. J. Black, « Critical Reflections on Regulation », préc., pp. 3-4, note 4.

²⁴⁴⁶ C'est à ce niveau du raisonnement que Julia Black se sert des écrits de Gunter Teubner et l'autopoïésis. La fragmentation dont elle parle résulte en effet du caractère clos des sous-systèmes que sont par exemple le droit, l'Administration ou la politique. Ces sous-systèmes ont des perceptions réciproques déformées par leur appareillage conceptuel. Le constat de la fragmentation du pouvoir est emprunté à Michel Foucault.

²⁴⁴⁷ V. J. Black, « Critical Reflections on Regulation », préc., p. 26. Traduction de : « regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification ».

²⁴⁴⁸ V. R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, « Introduction: Regulation-The Field and Developing Agenda », in *The Oxford Handbook of Regulation*, Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge (ed.), Oxford University Press, 2010, spéc. p. 6.

²⁴⁴⁹ V. C. Scott, « Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state », in *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*, J. Jordana, D. Levi-Faur (ed.), Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, E. Elgar, 2004, spéc. pp. 145-146.

auteurs continentaux peuvent l'employer²⁴⁵⁰, mais elle s'en distingue par son contenu normatif et non simplement descriptif.

Conclusion du § 2

Le phénomène de la régulation dans la doctrine est toujours pensé par rapport à l'État et au changement de son rôle dans l'économie. La conception de ce phénomène s'est toutefois complexifiée dans certaines études anglaises pour prendre en compte l'ensemble des phénomènes normatifs, en dehors de l'État et de la règle juridique, susceptibles d'encadrer et de modifier les comportements.

La régulation est enfin analysée dans le cadre des études sur les fonctions administratives.

§ 3 — Régulation et fonctions administratives

789. Même si la doctrine se divise quant à la classification et au nombre des fonctions administratives, un accord semble émerger pour reconnaître l'existence d'au moins deux fonctions administratives : la fonction de police et celle de service public. Cette présentation existe aussi dans la doctrine allemande et espagnole²⁴⁵¹. Avec Jean-Paul Négrin, il est possible de définir la première comme la fonction par laquelle « l'administration se borne à fixer certaines limites à l'activité des particuliers », tandis que par la seconde, « l'administration prend en mains la satisfaction de certains besoins et assume la gestion de l'activité correspondante »²⁴⁵². La prescription et la prestation sont les deux modes d'intervention traditionnels de l'Administration, l'octroi d'aides, de subventions faisant l'objet de débats en doctrine pour savoir s'il s'agit d'une fonction autonome ou si elle peut être rattachée aux fonctions existantes de police ou de service public.

La régulation est pensée en rapport au service public d'abord (I), à la police ensuite (II). Enfin, un courant de pensée identifie la régulation à une fonction de conciliation (III).

²⁴⁵⁰ V. J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003, n°1-2, n°105-106, pp. 203 à 217 ; « La gouvernance et le droit », *Mélanges Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 189-207.

²⁴⁵¹ « The notion of public service was introduced and systematically processed in Spain alongside a specifically dogmatic construction, according to which all administrative action could be materially classified within three broad categories subject to somewhat different legal regimes. The first category was the administrative activity of limitation, which could be identified with the French *activité de police* and the German *Eingriffsverwaltung*. The second category refers precisely to the activity of providing and organising public services, which is conceptually narrower than that defined under *Leistungsverwaltung*. The third category, which in Spain was referred to as the administrative activity of fomento, could be translated as 'promotion or direction activity' (in German *Lenkungsverwaltung*, perhaps), and its main instrument is state aids » (Spanish Administrative Law under European Influence, L. Ortega, L. Arroyo, C. Plaza (ed.), Europa Law Publishing, European Administrative Law Series, May 2010, spéc. p. 147).

²⁴⁵² V. J.-P. Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 102, 1971, pp. 89-90.

I — Régulation et service public

790. Cette relation a fait couler beaucoup d'encre et c'est surtout dans ce cadre que les analyses sur la régulation se sont développées en France. Les activités de service public, et singulièrement celles des services publics en réseau, des « grands services publics », selon l'expression consacrée, étaient largement gérées en monopole et sous le contrôle étroit de la puissance publique, bien souvent sous la forme d'une personne publique. La régulation devient ainsi la nouvelle forme de contrôle des services publics qui émerge à partir des années 1980. Elle signifie bien souvent l'ouverture à la concurrence de ces secteurs²⁴⁵³, leur « libéralisation »²⁴⁵⁴, et est utilisée pour désigner la « discipline collective »²⁴⁵⁵, c'est-à-dire, la nouvelle réglementation applicable au secteur, destinée à atteindre des « objectifs d'intérêt général »²⁴⁵⁶.

791. Philippe Coppens identifie les formes institutionnelles qu'engendre la régulation avec le service public. Ces formes institutionnelles sont une réponse à la « tension entre des impératifs économiques d'allocation de ressources efficaces et des exigences sociales de service public »²⁴⁵⁷. L'auteur conclut que cette nouvelle forme institutionnelle n'est autre que la nouvelle manière de gérer les services publics : « La régulation est donc la forme institutionnelle qu'a prise le service public *sensu lato* lorsque, sous la poussée de l'économie de marché, les acteurs politiques ont concédé que ses missions pouvaient être accomplies par les acteurs économiques privés »²⁴⁵⁸.

Nouvelle expression de la gestion des services publics, la régulation peut aussi être considérée par rapport à la fonction de police.

II — Régulation et police

792. Plusieurs auteurs analysent la régulation comme une fonction de police, avancent qu'elle ne serait « rien d'autre que la continuation de la police (économique) par d'autres moyens »²⁴⁵⁹, ou mettent en évidence l'existence d'une certaine parenté²⁴⁶⁰. Pierre Delvolvé²⁴⁶¹, Cécile Isidoro²⁴⁶² se rattachent à cette école. Cécile Isidoro affirme nettement que « c'est bien un pouvoir de police qui a été conféré aux autorités de régulation des marchés

²⁴⁵³ V. S. Braconnier, « La régulation des services publics », R.F.D.A., 2001 p. 43.

²⁴⁵⁴ V. A. Laget-Annamayer, La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité, préc., spéc. p. 9.

²⁴⁵⁵ V. S. Rodrigues, La nouvelle régulation des services publics en Europe, préc., pp. 222-223.

²⁴⁵⁶ P. Coppens, « Marché, Etat et Institutions », Revue internationale de droit économique 3/2007 (t. XXI, 3), p. 293-316.

²⁴⁵⁷ V. *Ibidem*, n° 8.

²⁴⁵⁸ V. *Ibidem*, n° 10.

²⁴⁵⁹ V. J.-D. Dreyfus, « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique », in Autorités de régulation et vie des affaires, B. Bouloc (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, Actes, 2006, spéc. p. 11.

²⁴⁶⁰ V. F. Lafarge, « Les catégories du droit de la police administrative », in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, J.-B. Auby (dir.), Dalloz, 2010, pp. 718-719.

²⁴⁶¹ V. P. Delvolvé, Droit public de l'économie, Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz. Droit public, science politique, 1998, p. 561.

²⁴⁶² V. C. Isidoro, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire : et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), Coll. Bibliothèque de droit public, tome 242, pp. 419 suiv..

récemment ouverts à la concurrence, qu'il s'agisse de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou de la Commission de régulation de l'énergie. Ces autorités de régulation sont chargées de faire respecter des règles et d'adopter des actes d'exécution des dispositions normatives qui portent ouverture des secteurs des télécommunications et de l'électricité à la concurrence (avec une particularité qui rejoint celle des mesures de police : l'adoption de mesures au cas par cas, en fonction des circonstances de fait, de lieu, de temps et d'équilibre entre les parties à la relation économique) »²⁴⁶³. On retrouve aussi cette identification dans la doctrine belge, chez François Jongen²⁴⁶⁴.

Cécile Isidoro note à cette occasion que la doctrine anglo-saxonne met l'accent, dans son étude de la régulation, sur l'activité de contrôle qui la caractérise²⁴⁶⁵, activité qui peut permettre de créer un pont théorique avec la fonction de police. La doctrine de *common law* met en effet l'accent sur l'importance du contrôle dans l'activité des autorités de régulation²⁴⁶⁶. Tant les discours politiques que la doctrine, en particulier au début des années 1980 au Royaume-Uni, mettent l'accent sur le rôle qui incombe à l'autorité sectorielle de « policer » l'entreprise dominante²⁴⁶⁷.

793. Martine Lombard critique nettement cette approche²⁴⁶⁸. Prenant appui sur l'existence d'une fonction de règlement des différends, Martine Lombard montre qu'on ne peut assimiler régulation et police car « dans le cadre de la police, il peut être fait appel au bien-nommé « gardien de la paix » pour tenter d'apaiser les querelles de voisinage ou veiller, du moins, à ce qu'elles ne dégénèrent pas en troubles à l'ordre public ; mais son rôle n'est pas de décider qui a raison et qui à tort par une décision tranchant le différend. La décision de règlement des différends prise par l'autorité de régulation tranche, quant à elle, le litige. Elle est susceptible de recours devant une juridiction où les deux parties sont susceptibles de continuer à s'affronter sur la question du maintien ou de l'annulation, ou encore de la réformation, d'une décision qui est bien plus proche de celle d'un « juge de paix » que de celle d'une autorité de police ». De même, le rôle de consultation des parties prenantes n'est pas, pour cet auteur, le

²⁴⁶³ V. C. Isidoro, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire : et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), Coll. Bibliothèque de droit public, tome 242, spéc. p. 420 suiv..

²⁴⁶⁴ V. F. Jongen, La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1994 ; Les autorités administratives indépendantes de régulation de l'audiovisuel en Europe, Annales de Droit de Louvain (Bruxelles), mai 1994, n° 2, pp. 143-166, spéc. p. 144.

²⁴⁶⁵ V. C. Isidoro, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire : et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), Coll. Bibliothèque de droit public, tome 242, spéc. p. 421. Cet auteur cite les travaux du sociologue Philip Selznick (P. Selznick, « Focusing Organizational Research on Regulation in R. G. Noll (ed.), Regulation Policy and the Social Sciences, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, pp. 363-367). Philip Selznick définit la régulation ainsi : « In its central meaning regulation refers to sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community » (p. 363). Cet auteur met l'accent sur le fait que l'activité de régulation ne s'épuise pas dans l'édiction d'une norme, elle comprend nécessairement un effort de contrôle qui impose la création d'une agence spécialisée pour mener celui-ci (p. 364).

²⁴⁶⁶ V. T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », The Modern Law Review, 1999, vol. 62, n°2, pp. 196 suiv., spéc. p. 197. C. D. Shearing, « A Constitutive Conception of Regulation », in P. Grabosky and J. Braithwaite (eds), Business Regulation and Australia's Future (Canberra, Australian Institute of Criminology, 1993). C. D. Shearing parle ici de la régulation comme contrôle.

²⁴⁶⁷ V. T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », The Modern Law Review, 1999, vol. 62, n°2, pp. 196 suiv., spéc. p. 200.

²⁴⁶⁸ V. M. Lombard, « La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français », pp. 81 suiv., in The public law/private law divide : une entente assez cordiale? La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques, M. Freedland, J.-B. Auby, Oxford, Portland, Or., Hart, 2006.

rôle d'une autorité de police. Pour ces raisons Martine Lombard semble récuser l'assimilation des deux notions de régulation et de police.

Les études qui traitent de la notion de régulation en fonction du service public ou de la police, n'identifient pas une nouvelle fonction administrative. Elles mettent en évidence la manière dont la régulation renouvelle ou s'identifie à ces notions. D'autres auteurs mettent en évidence l'existence d'une nouvelle fonction administrative.

III — Régulation et fonction de conciliation entre objectifs antinomiques

794. À partir d'une analyse de droit comparé, Gérard Marcou définit la régulation comme la « fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non-économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel »²⁴⁶⁹. La régulation vise, dans ce cadre, à ce que l'activité des opérateurs économiques satisfasse les besoins collectifs dans un cadre de marché. Thierry Tuot adopte aussi une définition en termes de compromis ou de conciliation : « la création par la loi au sein des pouvoirs publics d'une instance autonome, spécialisée, nantie de pouvoirs juridiques exercés de façon transparente, pour concilier le fonctionnement d'un marché avec l'intérêt général dont l'État a la charge »²⁴⁷⁰. Sophie Nicinski se place aussi dans ce courant lorsqu'elle analyse et définit la forme moderne de la régulation. Elle explique ainsi qu'« on utilise enfin le terme de régulation, qui acquiert alors une certaine connotation plus moderne, pour évoquer un mode particulier d'administration de l'économie, issu d'une période récente, ayant dépassé les tendances libérales ou interventionnistes. Ainsi, l'administration de l'économie en général s'exprime dans ce cas sous forme de régulation à partir du moment où un juste équilibre est atteint au titre duquel les formes interventionnistes d'action de l'État sur l'économie sont tempérées d'exigences libérales »²⁴⁷¹. Gabriel Eckert développe aussi une conception analogue, insistant sur la « troisième voie » que constitue la régulation entre « le libéralisme économique et l'économie administrée »²⁴⁷².

795. De même, Tony Prosser envisage la régulation, mais à partir d'autres prémisses, comme une entreprise de conciliation²⁴⁷³. Cette vision permet, pour l'auteur de dépasser la conception de la régulation comme limitation de l'initiative privée, pour envisager les autorités de régulation comme des gouvernements en miniatures ayant la responsabilité de mettre en œuvre des objectifs tant économiques que sociaux et redistributifs²⁴⁷⁴. Il met en évidence plusieurs modèles de régulation : la régulation qui poursuit l'efficacité économique et le choix du consommateur, la régulation qui vise à protéger les droits, qui promeut la solidarité sociale

²⁴⁶⁹ V. G. Marcou, « La notion juridique de régulation », A.J.D.A., 2006, pp. 347 suiv., spéc. p. 349. V. aussi G. Marcou, « Régulation et service public Les enseignements du droit comparé, in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires, G. Marcou, F. Moderne (dir.), L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2005, spéc. p. 30.

²⁴⁷⁰ V. T. Tuot, « La planète des sages », in Notre État : le livre vérité de la fonction publique, R. Fauroux, B. Spitz, Paris, R. Laffont, 2001, spéc. p. 698.

²⁴⁷¹ V. S. Nicinski, « Le mode de régulation », RFDA, 2010, p. 735.

²⁴⁷² V. G. Eckert, Droit public des affaires, Paris, Montchrestien, Coll. Focus droit, 2001, pp. 155-156.

²⁴⁷³ V. T. Prosser, The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy, Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁴⁷⁴ V. T. Prosser, The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy, Oxford, Oxford University Press, 2010, spéc. p. 5. V. aussi T. Prosser, « Models of Economic and Social Regulation », in The Regulatory State, préc., spéc. pp. 26-39.

et, enfin, la régulation comme délibération. L'analyse de Tony Prosser a aussi un aspect normatif et c'est ce qui la distingue de celle des auteurs français. Il affirme ainsi que la bonne régulation « est celle qui atteint le mieux la combinaison la plus appropriée de ces principes normatifs tirés des quatre modèles de régulation »²⁴⁷⁵.

796. Le droit de la régulation, circonscrit aux secteurs nouvellement ouverts à la concurrence serait ainsi ce droit dont la vocation serait le maintien de l'équilibre du secteur entre des objectifs contradictoires. Pour Jean-Charles Jobart²⁴⁷⁶, le droit de la régulation dans les secteurs en réseau a pour objet de maintenir les grands équilibres du secteur en assurant une conciliation entre objectifs concurrentiels et non concurrentiels. Ces caractéristiques sont aussi relevées par Martine Lombard²⁴⁷⁷, Stéphane Braconnier²⁴⁷⁸, ou Marie-Anne Frison-Roche qui avance que « le système de régulation crée et maintient un équilibre entre la concurrence et un autre principe que la concurrence dans des secteurs économiques qui ne peuvent les créer ou les maintenir de leurs propres formes, ou en s'appuyant seulement sur le cadre général du droit de la concurrence »²⁴⁷⁹. L'équilibre est au fondement du droit de la régulation pour Marie-Anne Frison-Roche à un double titre : son objet est de construire et maintenir des équilibres dans un « secteur ouvert partiellement à la concurrence »²⁴⁸⁰, sa méthode est aussi gouvernée par un objectif d'équilibre « fondement nécessaire et suffisant de sa méthode »²⁴⁸¹. Guylain Clamour insiste, lui aussi, sur le fait que « la régulation apparaît avant tout comme une méthode nécessaire pour parvenir aux conciliations recherchées entre différentes exigences d'intérêt général au rang desquelles figure la concurrence »²⁴⁸².

Dans l'ensemble de ces analyses, l'élément temporel est omniprésent. La tâche de la régulation est d'adapter la norme aux évolutions de la réalité. La conciliation, l'équilibre sont

²⁴⁷⁵ V. T. Prosser, *The regulatory enterprise: government, regulation, and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, spéc. p. 19.

²⁴⁷⁶ V. J.-C. Jobart, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », in *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* n° 2004-1, pp. 33-73 (« Ces secteurs ont en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre. Le droit de la régulation a donc vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie. Ainsi, cette branche du droit se caractérise par son objet : il s'agit de secteurs naguère réglementés qui s'ouvrent partiellement à la concurrence et dont il faut construire et surveiller les grands équilibres. Cet équilibre dicte une méthode, des procédures, des institutions et un droit caractéristiques », spéc. p. 58).

²⁴⁷⁷ V. M. Lombard, « La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français », in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, J.-B. Auby, M. Freedland (dir.), spéc. p. 91.

²⁴⁷⁸ V. S. Braconnier, « La régulation des services publics », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 45 suiv..

²⁴⁷⁹ V. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 126, n°14 ; M.-A. Frison-Roche, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2010, étude 34 (« La régulation économique a pour objectif de mettre en équilibre le principe de concurrence avec un principe aconcurrentiel, voire anticoncurrentiel. Comme les deux principes sont contraires, l'équilibre est toujours instable. C'est donc à un régulateur économique qu'incombe la tâche de maintenir cet équilibre »).

²⁴⁸⁰ V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 610 suiv..

²⁴⁸¹ V. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 610 suiv.. V. aussi le comm. de L. Boy, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *Recueil Dalloz*, 2001, *Chron.*, pp. 3031 suiv.. V. J.-J. Daigre, « Éditorial – La régulation financière », *Bulletin Joly Bourse*, 1 janvier 2011 n° 1, p. 1.

²⁴⁸² V. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses*, tome 51, 2006, p. 711, n°1241.

donc toujours à réaliser. C'est sur ce point qu'insiste Laurent Cohen-Tanugi, la production de la norme par les autorités indépendantes doit être évolutive²⁴⁸³.

Conclusion du § 3

Les études sur la régulation oscillent entre le constat d'un certain renouveau et celui d'une assimilation de cette fonction avec d'autres notions. Un courant de la doctrine s'attache lui à identifier une nouvelle fonction administrative. Un autre courant, qu'il faut isoler, situe l'analyse de la régulation dans le cadre de l'analyse dite systémique.

§ 4 — L'État et la régulation dans le cadre de l'analyse systémique

797. Les réflexions sur la régulation en terme de conciliation entre objectifs différents réunissent de nombreux auteurs. Ces analyses se placent souvent, mais pas uniquement, dans le cadre de l'analyse systémique.

798. L'analyse systémique a été abondamment utilisée par les auteurs pour définir la notion de régulation : « on ne peut manquer d'observer que dans la majorité des cas, c'est l'analyse systémique qui inspire de manière explicite ou implicite la doctrine publiciste lorsqu'elle fait usage de la notion de régulation »²⁴⁸⁴. Gilles J. Guglielmi définit la notion de système comme étant un « ensemble d'éléments liés par un ensemble de relations ayant un certain degré de finalités ». Pour décrire et expliquer le fonctionnement d'un système particulier, il faut alors être capable de dire quels éléments et quelles relations appartiennent ou non au système »²⁴⁸⁵. De nombreux auteurs ont ainsi utilisé cette méthode pour tenter de cerner la notion de régulation²⁴⁸⁶. Yves Cannac et François Gazier, dans leur rapport sur les autorités administratives indépendantes, placent ainsi l'analyse de la régulation dans le cadre d'une vision systémique : « La régulation est la tâche qui consiste à assurer entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi. Elle implique dans une certaine mesure ce qu'on appelle aujourd'hui une vision « systémique » de la société et de ses rapports

²⁴⁸³ V. L. Cohen-Tanugi, *La métamorphose de la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1989, p. 37.

²⁴⁸⁴ V. J.-L. Autin, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in *La régulation entre droit et politique*, M. Miaille (dir.), Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, spéc. p. 48.

²⁴⁸⁵ V. G. J. Guglielmi, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française : de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 157, 1991, spéc. l'introduction, pp. 4 suiv..

²⁴⁸⁶ V. par ex. V. Arékian, *Recherches sur la notion de régulation en droit public français (Le cas des services publics en réseaux)*, thèse préc., pp. 126 suiv. : « La régulation s'apparente à un mécanisme permanent d'adaptation visant à assurer le fonctionnement global d'un système caractérisé par son instabilité endogène ». Pour cet auteur la régulation est un instrument d'ajustement à la fluctuation du temps et à la variabilité du milieu. V. aussi A. Fravallo, *La régulation juridique dans le domaine économique*, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2003, p. 59 (« Il s'agit inlassablement d'un processus chargé de rétablir l'équilibre intérieur d'un système qui, même lorsqu'il repose sur la contradiction et/ou la compétition de forces antagonistes, doit être ramené dans un état de fonctionnement régulier, c'est-à-dire conformément aux règles qui lui permettent de remplir sa mission en évitant ainsi la destruction du système par un dérèglement progressif »). F. Ost « La régulation : des horloges et des nuages ... », in *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, B. Jadot, F. Ost (dir.), Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Travaux et recherches, Facultés universitaires Saint-Louis, tome 39, 1999, spéc. pp. 20-21 ; V. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 51, 2006, p. 765 suiv..

avec l'État »²⁴⁸⁷. Explicitement ou implicitement les auteurs recourent souvent à la notion de système pour expliquer la régulation. L'équilibre et la conciliation trouvent leur rôle dans le cadre de systèmes complexes²⁴⁸⁸.

Conclusion de la Section 2

La régulation semble être consubstantiellement liée aux changements ayant affecté l'État. Les modifications des modalités institutionnelles et techniques de son intervention sont bien souvent identifiées à la régulation. De même, les changements ayant affecté les fonctions administratives traditionnelles ou manifestant l'existence d'une nouvelle fonction administrative de conciliation seraient identifiables à la régulation. Un dernier angle d'analyse est exploré par la doctrine : l'étude des relations entre la régulation et la notion de marché.

²⁴⁸⁷ V. Y. Cannac, F. Gazier, « Les autorités administratives indépendantes », in E.D.C.E., 1983/1984, spéc. p. 7. V. aussi dans la doctrine belge : D. de Roy, R. Queck, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition – Vers un “droit de la régulation” », Journal des tribunaux, 6 septembre 2003, n°6104, pp. 553 suiv., spéc. p. 556, n°13-15. V. J. Chevallier, L'État post-moderne, L.G.D.J., Coll. Droit et société, Série politique, tome 35, 2008, spéc. p. 61. B. Guillou, J.-C. Padioleau, La régulation de la télévision, La documentation française, Paris 1988, cité et repris par L. Cohen-Tanugi, « Une doctrine pour la régulation », Le Débat, nov.-déc. 1988, n° 51, spéc. p. 58.

²⁴⁸⁸ V. J. Chevallier, « Les Autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, Justices, janv.-juin 1995, pp. 81-90, spéc. p. 83 (« L'AAI est d'abord investie de fonctions de régulation : son rôle consiste à assurer le fonctionnement de systèmes socio-économiques complexes (...) »). V. aussi J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in La régulation entre droit et politique, M. Miaille (dir.), Éd. l'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, spéc. p. 83. V. aussi J.-Y. Chérot, Droit public économique, préc., n°5.

Section 3 — *Régulation et marché*

Dans ce cadre, la régulation est rapportée au marché en ce qu'elle serait chargée de remédier à ses échecs (§1), ou enfin d'organiser le fonctionnement du marché (§2).

§ 1 — *Régulation et échec du marché*

799. L'explication de la régulation en référence à la théorie économique libérale des échecs du marché est très répandue dans la doctrine juridique et manifeste l'influence des analyses économiques du sujet. Il s'agit d'ailleurs de l'explication économique de la régulation. Elle réunit des auteurs issus de la philosophie du droit, comme Philippe Coppens ou du droit administratif comme Jean-Bernard Auby²⁴⁸⁹. Philippe Coppens écrit ainsi : « du point de vue juridique, la régulation apparaît d'abord comme une solution normative à un problème économique : celui des zones d'ombre abandonnées dans les creux de la main invisible, main chargée de coordonner les décisions des acteurs économiques par un levier capital, à savoir les prix. L'origine de la régulation nous permet donc de comprendre un type de rapport essentiel entre le droit et l'économie : la norme juridique — expression privilégiée d'une institution sociale — est la condition de possibilité d'une allocation efficiente des ressources économiques lorsque les marchés seuls n'y parviennent pas »²⁴⁹⁰. Cette solution normative se traduit par des « formes institutionnelles qui assurent la viabilité »²⁴⁹¹ de l'économie.

Dans la doctrine anglo-saxonne, la régulation est souvent présentée, à partir d'une grille de lecture issue de la science économique, comme une solution aux insuffisances des mécanismes du marché. La régulation est ainsi justifiée en cas de monopole, de fait ou naturel, de profits exceptionnels qui ne sont pas corrélés à un effort de recherche, mais à une chance, un accident, des externalités, des problèmes d'information, le besoin de continuité et de disponibilité d'un service, des pratiques anticompétitives, l'existence de bien public, d'un aléa moral, de positions de négociations inégales, de rareté, ou, enfin la volonté de mieux coordonner certaines activités²⁴⁹².

²⁴⁸⁹ V. J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruylant, 2005, pp. 209 suiv., spéc. p. 212.

²⁴⁹⁰ V. P. Coppens, « Théorie de la norme et régulation », in *Annales de la Régulation*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, vol. 1, 2006, pp. 79-110, spéc. p. 99, n°7.

²⁴⁹¹ V. P. Coppens, « Théorie de la norme et régulation », spéc. p. 100, n°7.

²⁴⁹² V. R. Baldwin, M. Cave, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, spéc. pp. 9-16. V. aussi C. Scott, « Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory State », *The politics of regulation : institutions and regulatory reforms for the age of governance*, J. Jordana, David Levi-Faur (ed.), Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, E. Elgar, 2004, spéc. p. 146 ; A. Ogus, *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004 (« we can see regulation as the necessary exercise of collective power through government to cure 'market failures' to protect the public from such evils as Monopoly behavior, 'destructive' competition, the abuse of private economic power, or the effects of externalities »).

§ 2 — Régulation et fonctionnement du marché

800. À côté des auteurs qui identifient régulation et échecs du marché se trouvent certaines positions qui identifient régulation et marché. Ainsi, Didier Truchet définit la régulation comme l'« intervention des personnes publiques en vue d'organiser ou de contrôler un marché. Elle s'attache au fonctionnement optimal de celui-ci »²⁴⁹³. C'est aussi l'avis de Tony Prosser qui avance dans certains écrits que la régulation a pour but la création d'un marché²⁴⁹⁴. C'est aussi la « conception constitutive » (*constitutive conception*) de la régulation qui est mise en avant. La régulation est une entreprise productrice, elle constitue le marché²⁴⁹⁵.

Conclusion du Chapitre 1

Les définitions de la régulation s'accordent largement pour constater l'irruption d'éléments nouveaux dans le droit. Les approches de cette nouveauté sont néanmoins différentes. Certaines s'articulent autour d'une recherche sur la norme. La régulation serait caractéristique d'une normativité dialoguée pour Gérard Timsit, tandis que d'autres auteurs mettent l'accent sur la souplesse des procédés normatifs ou sur leur mode d'élaboration : « La régulation [...], résume Yves Gaudemet, incontestablement est une nouveauté, une nouvelle approche des fonctions et des formes de la normativité ; un parti de souplesse, de réalisme, de compromis, affiché et voulu par les pouvoirs publics. On tient le temps du commandement pour révolu et on lui préfère la régulation »²⁴⁹⁶.

À côté de ces recherches, la doctrine a aussi pu développer une conception de la régulation qui s'inscrit dans le cadre des mutations que l'État a connues. Ces mutations concernent tant ses structures que son rôle. L'évolution de la pensée de la régulation, dans le monde anglo-saxon, manifeste le souci de dépasser une conception de la régulation centrée sur l'État pour réfléchir à l'ensemble des moyens juridiques susceptibles d'influencer les comportements. La doctrine française concentre, elle, son analyse sur l'apport de la régulation dans le cadre de la recherche sur les fonctions administratives (police, service public, conciliation).

Enfin, un dernier courant identifie la régulation et l'irruption de l'idée de marché.

Cette classification doit permettre, en clarifiant le débat, de s'orienter vers la production d'une définition.

²⁴⁹³ V. D. Truchet, *Droit administratif*, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2^e éd., 2009, spéc.p. 364.

²⁴⁹⁴ V. T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », *The Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n°2, pp. 196 suiv., spéc. p. 197.

²⁴⁹⁵ V. C. Shearing, « A Constitutive Conception of Regulation », in P. Grabosky and J. Braithwaite (eds), *Business Regulation and Australia's Future*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1993 : « In contrast, for the constitutive conception regulation is very clearly a productive enterprise. It does not simply restrain a market 'it is what constitutes the market'. (...) Its power lies in its productive capacity » (p. 74).

²⁴⁹⁶ V. Y. Gaudemet, « Rapport de synthèse », in *La concurrence*, Société de législation comparée, Coll. Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, tome LVI, 2010, spéc. p. 15.

CHAPITRE II — LES DÉFINITIONS PROPOSÉES

La définition de la notion de régulation se heurte à deux difficultés, qu'il s'agira de tenter de résoudre successivement. Il faut d'abord rendre compte de l'anarchie sémantique, l'emploi tous azimuts de ce terme. Cette anarchie s'explique par le fait que la régulation et le terme régulation sont devenus aujourd'hui le mythe moderne de l'État. L'étude de l'histoire des conceptions de l'État met en effet en évidence, à chaque époque, l'utilisation d'un terme dont le contenu est toujours indéterminé et qui concentre en lui l'ensemble des aspirations, des conceptions de l'État. Après les termes justice, police et service public, la régulation semble désormais avoir pris l'ascendant dans la pensée de l'État, résumant un ensemble de conceptions juridiques et de sciences politiques. Une seconde difficulté s'élève pour parvenir à définir la régulation : le changement de fonction du droit (Section 1).

Ensuite, et de façon plus importante, il faudra donner une définition strictement juridique de la régulation, dans le cadre des fonctions de l'Administration (police et service public). La régulation se présente désormais comme une autre fonction de l'Administration dont le but est l'institution d'un ordre de marché (Section 2).

*

Section 1 – Les difficultés pour construire une notion

Section 2 – La régulation comme fonction d'institution d'un ordre de marché

Section 1 — *Les difficultés pour construire la notion de régulation*

La définition de la régulation se heurte à deux difficultés qui obscurcissent son sens : d'une part, la régulation semble être — et c'est ce qui explique l'anarchie sémantique — l'expression d'un nouveau mythe de l'État (§ 1) ; d'autre part, la régulation s'inscrit dans un mouvement qui voit le droit assumer une nouvelle fonction, une fonction économique et non plus seulement sociale (§ 2).

*

§ 1 — La régulation se présente comme un nouveau mythe de l'État

§ 2 — La régulation se présente comme nouvelle fonction du droit

*

§ 1 — La régulation comme mythe moderne de l'État

801. Historiquement, la manière dont se pense l'État, dont la société pense l'État et sa relation à celui-ci, s'est toujours traduite par un terme, une notion (la justice, la police, le service public, la régulation). Les concepts de l'État sont, dans une certaine mesure, communs aux deux pays. Toutefois, la portée de ces termes police, service public, régulation, est différente dans les deux pays, en raison d'une différence majeure, que Carol Harlow et Richard Rawlings, appellent « l'antipathie britannique pour la théorie »²⁴⁹⁷, antipathie qui place le Royaume-Uni face à un paradoxe : alors que l'État anglais est très important, qu'il assume de nombreuses fonctions, « il n'existe pas de concept juridique de l'État développé de manière systématique »²⁴⁹⁸.

802. On verra que les constructions françaises de l'État, à travers la police et le service public se retrouvent, surtout pour la première, au Royaume-Uni. Ce n'est qu'avec le nouveau mythe de l'État qu'est la régulation que d'abord la relation s'inverse et qu'ensuite, pour la première fois peut-être, le Royaume-Uni développe une vision juridique originale.

803. Au Moyen Âge, en Angleterre comme en France, le Roi est fontaine de justice. C'est la notion de justice qui résume à elle seule la vision que l'on se fait de l'État²⁴⁹⁹. « Première

²⁴⁹⁷ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc. p. 50.

²⁴⁹⁸ V. T. Prosser, « The state, constitutions and implementing economic policy: Privatization and regulation in the UK, France and the USA », *Social & Legal Studies*, 1995, n°4, p. 507, 510.

²⁴⁹⁹ Jacques Krynen estime ainsi que « c'est un lieu commun depuis le haut Moyen Âge de proclamer que la justice est la condition de la paix, que Dieu a établi les rois pour que règne la justice, mission essentielle, fondement et finalité de leur puissance souveraine ». La justice est ainsi une « dette du souverain » (V. J.

prérogative régaliennne au Moyen Âge, affirme Jean-Louis Halpérin, la justice demeure une fonction essentielle des États d'Ancien Régime »²⁵⁰⁰. Le terme est ainsi employé pour « définir ou qualifier l'action royale »²⁵⁰¹.

804. C'est la notion de police qui ensuite va symboliser la nouvelle façon de penser l'État. Cette affirmation est assez évidente en France où ce terme au XVIII^e siècle va finir par résumer « la conduite de la chose publique en son ensemble »²⁵⁰². Nicolas Delamare, dont le rôle dans la construction du droit administratif français a été analysé par Benoît Plessix²⁵⁰³, énonce au début de son traité les différentes significations de ce terme qui peut désigner aussi bien, à travers ses origines antiques, le gouvernement d'une cité sous ses différentes formes possibles (monarchique, aristocratique) que l'ordre public d'une ville particulière²⁵⁰⁴. Les définitions que l'on trouve de la police à cette époque rappellent d'ailleurs parfois celles que l'on trouve aujourd'hui de la régulation. Pour Fleury la police, permet une adaptation de la règle aux différentes contingences locales²⁵⁰⁵, elle est fondée sur l'expérience²⁵⁰⁶, sur l'« adéquation empirique »²⁵⁰⁷. Même si les juges anglais refusent par exemple la notion de raison d'État²⁵⁰⁸ et si la notion de police est connotée à l'époque d'un caractère autoritaire, celle-ci n'apparaît pas moins dans la doctrine, sous la plume d'auteurs importants. Ainsi, Blackstone utilise cette notion. Le livre IV des Commentaires de Blackstone est consacré aux « maux publics » (*public wrongs*), à l'étude des crimes et du droit pénal. Le chapitre XII de ce livre est tout entier occupé à l'étude des infractions contre la « santé publique, la police et

Krynen, L'état de justice : France, XIII^e-XX^e siècle. I, L'idéologie de la magistrature ancienne, Paris, Gallimard, Coll. Bibl. des histoires, tome 122, 2009, spéc. chap. 1, pp. 17 suiv.. De même, Sir William Blackstone affirme à de multiples reprises que le Roi est « fountain of justice », la justice est le fondement de son pouvoir (Commentaries on the laws of England: in four books: Volume 1, J.B.Lippincott & co., 1832, « Of persons », p. 199 : « Another capacity, in which the king is considered in domestic affairs, is as the fountain of justice and general conservator of the peace of the kingdom. By the fountain of justice, the law does not mean the author or original, but only the distributor. Justice is not derived from the king, as from his free gift; but he is the steward of the public to dispense it to whom it is due ». Ce passage de Blackstone montre tout à la fois la permanence et le changement des idées médiévales : le Roi est toujours considéré comme fontaine de justice mais au nom du peuple. Plus loin, il affirme que « the original power of judicature, by the fundamental principles of society, are lodged in the society at large ».

²⁵⁰⁰ V. J.-L. Halpérin, Histoire des droits en Europe : de 1750 à nos jours, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 2006, p. 35.

²⁵⁰¹ V. M. Reulos, La notion de « justice » et l'activité administrative du roi en France (XV^e-XVII^e siècles), in Histoire comparée de l'Administration (IV^e-XVIII^e siècles), Artemis Verlag, 1980, pp. 33 suiv., spéc. p. 33.

²⁵⁰² V. P. Napoli, Naissance de la police moderne : pouvoir, normes, société, Paris, Éd. La Découverte, Coll. Armillaire, 2003, p. 25. S. Petit-Renaud, « La notion de police et son usage en France. L'exemple de la ville d'Amiens (XIV-XVI^e siècle) », in Normes et normativité, Études d'histoire du droit offertes à Albert Rigaudière, Economica, 2009, pp. 125 suiv..

²⁵⁰³ V. B. Plessix, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », in Droit, n°38, 2003, pp. 113 suiv..

²⁵⁰⁴ V. N. de La Mare, Traité de la police, Paris, Chez Michel Brunet, 1719-1738, vol. 1, p. 2.

²⁵⁰⁵ V. C. Fleury, Institutions au droit français, Auguste Durand, 1858, spéc. p. 91.

²⁵⁰⁶ V. C. Fleury, Droit public de France, (ouvrage posthume), Pierres, Paris, 1769, spéc. p. 135

²⁵⁰⁷ V. P. Napoli, Naissance de la police moderne : pouvoir, normes, société, préc., p. 60.

²⁵⁰⁸ L'arrêt *Entick v Carrington* est l'arrêt fondateur du rejet de la raison d'État comme argument de défense : « With respect to the argument of state necessity or a distinction which has been aimed at between state offences and others, the *common law* does not understand that kind of reasoning, nor do our books take notice of any such distinction ». Le commentaire des Halsbury's Laws of England ajoute : « Lord Camden CJ was probably concerned to prevent the intrusion into English law of 'reason of state' (raison d'État) which was characteristic of continental despotisms. If this is correct, he was certainly successful; 'reason of state' has not effected an entry into English law » (Constitutional Law and Human Rights, 6. The principle of legality, note 8).

l'économie publiques »²⁵⁰⁹. La définition que Blackstone donne des notions de police publique et d'économie est intéressante en ce qu'elle permet de clarifier le sens originel du terme anglais *regulation* et son lien avec la police : « Par police et économie publique, il faut entendre la bonne réglementation et l'ordre intérieur du Royaume par lesquels les membres de l'État, à l'image des membres d'une famille bien gouvernée, sont obligés de se comporter conformément aux convenances, aux règles que dictent le bon voisinage et les bonnes manières »²⁵¹⁰. Adam Smith, dans ses *Leçons de Jurisprudence*, reprend la notion de police en attribuant la paternité de la notion à la France²⁵¹¹ et en affirmant qu'elle se compose de trois éléments, la propreté des voies publiques, la sécurité et les bas prix et l'abondance²⁵¹². À la suite des travaux de Michel Foucault sur la police, de nombreuses recherches ont été entreprises dans le monde anglo-saxon pour montrer l'existence de cette fonction dans l'Angleterre du XVIII^e siècle²⁵¹³, mais ce sont davantage les historiens que les juristes qui ont entrepris ce travail²⁵¹⁴. L'image du roi « père de famille », justifiant ce pouvoir de police, est présente tant en France qu'en Angleterre²⁵¹⁵. Toutefois, dans ce dernier pays, même si la notion ne prendra peut-être pas l'extension et l'ampleur qu'elle connaîtra en France ou aux États-Unis, elle connaît néanmoins une certaine fortune doctrinale.

805. Au XIX^e siècle, cette notion connaît un reflux certain, elle perd son caractère englobant pour être confinée, dans un cadre libéral, à certaines fonctions de l'État. La police n'est plus le synonyme de l'intervention globale de l'État. Elle est désormais confinée au maintien de l'ordre public dont la sanction appartient désormais, dans les deux pays, au droit pénal. On retrouve ainsi la notion d'« infraction de police » dans l'histoire du droit criminel de James

²⁵⁰⁹ V. W. Blackstone, *The commentaries of Sir William Blackstone, on the laws and constitution of England*, London, W. Clarke and Son, Portugal-Street, Lincoln's-Inn, 1796, spéc. Chapter XII « Of offences against the public health, and the public police or œconomy ».

²⁵¹⁰ V. *Ibidem.*, p. 484. Traduction de : « By the public police and œconomy I mean the due regulation and domestic order of the kingdom: whereby the individuals of the State, like members of a well-governed family, are bound to conform their general behaviour to the rules of propriety, good neighbourhood, and good manners ».

²⁵¹¹ Cette paternité de l'usage du terme est aussi attestée par Maitland : « The word police did not, I think, become common until late in the last century. Johnson just admits it, but only as a French word used in England; for him police is « the regulation and government of a city or country so far as regards the inhabitants ». The group of words, police, policy, polity, politics, politic, political, politician, is a good example of delicate distinctions. I hardly dare venture a definition of police, but will suggest, « such part of social organization as is concerned immediately with the maintenance of good order, or the prevention or detection of offences ». The Police as an equivalent for the police force, the body of police constables, is very modern » (F. W. Maitland, *Justice and Police*, London, Macmillan and Co, 1885, p. 105). V. aussi l'avis de J. Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *The works of Jeremy Bentham*. Volume 1. Edinburgh, 1843, spéc. p. 102.

²⁵¹² V. A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, Monday March 28, 1763, in *Glasgow Edition of the Works and Correspondence*, Vol. 5, *Lectures On Jurisprudence*, 1762. Traduction de : « Police, the word, has been borrowed by the English immediately from the French, tho it is originally derived from the Greek πολιτεία signifying policy, politicks, or the regulation of a government in generall. It is now however generally confind to the regulation of the inferior parts of it. It comprehends in generall three things: the attention paid by the public to the cleanness of the roads, streets, etc; 2d, security; and thirdly, cheapness or plenty, which is the constant source of it ».

²⁵¹³ V. M. Valverde, « Police science, British style: pub licensing and knowledges of urban disorder », *Economy and Society*, 2003, vol. 32, n°2, pp. 234-252.

²⁵¹⁴ V. *Regulation and Criminal Justice*, H. Quirk, T. Seddon, G. Smith (ed.), spéc. pp. 12 suiv..

²⁵¹⁵ V. l'analyse de M. D. Dubber, *The police power: patriarchy and the foundations of American government*, Columbia University Press, 2005, spéc. p. 47 suiv.. La notion de police a connu une fortune particulière aux États-Unis.

Fitzjames Stephen. Le détail des infractions que l'auteur établit manifeste la proximité de la notion avec la notion française : il ne s'agit plus d'expliquer l'intervention de l'État mais de sanctionner les atteintes au bon ordre des communautés locales²⁵¹⁶. La police du XVIII^e a succombé sous les coups du libéralisme dans les deux pays et ce n'est qu'avec le retour de l'interventionnisme sous les auspices du service public que l'on retrouve un concept unificateur de l'interventionnisme étatique.

806. La notion qui a ensuite semblé, en France, résumer à elle seule la manière dont l'État intervient, avec l'essor de l'État providence, est celle de service public. Cette notion n'aura pas en Angleterre la fortune juridique qu'elle aura en France, mais elle est employée aussi abondamment en doctrine et dans la loi. En France, cette notion est érigée par Jacques Chevallier au rang de « mythe »²⁵¹⁷. En Angleterre, si le service public n'est pas théorisé c'est d'abord parce que les juges n'ont pas fait de cette notion une notion jurisprudentielle – même si, comme le montre Tony Prosser, des arrêts du début du XIX^e siècle auraient pu être à la source en Angleterre d'un droit spécifique des services publics²⁵¹⁸. Néanmoins, en doctrine on peut trouver des affirmations identifiant État et service public sous la plume de certains auteurs. Ainsi, Harold Laski affirme en 1919 que « l'État, par exemple, est essentiellement pour ses membres une grande entreprise de service public »²⁵¹⁹. Malgré ces affirmations, la pensée de l'État en terme de service public est rare et comme le remarque Tony Prosser, ce n'est qu'avec le tournant des privatisations des années 1980 qu'un droit des services publics pourrait émerger²⁵²⁰.

807. Mais il nous semble que malgré toutes ces réserves, l'absence de la notion s'explique par l'absence de systématisation de la législation. La notion de service public est omniprésente dans de nombreux domaines, dans de nombreux discours politiques ou rapports parlementaires au Royaume-Uni. Comme l'affirment nettement Hellmut Wollmann et Gérard Marcou la notion de service public a une « nature universelle »²⁵²¹. Il est ainsi indéniable que,

²⁵¹⁶ V. J. F. Stephen, *A history of the criminal law of England*, London, Macmillan, 1883, vol. 3, pp. 263 suiv.. Voici la définition qu'il donne de ces infractions : « Most of the offences over which the magistrates exercise a summary jurisdiction consist in the breach of regulations laid down by act of parliament, in order to prevent petty nuisances or to enforce the execution of administrative measures of public importance ». Ces infractions sont liés à l'hygiène et à la sécurité publique, le vagabondage, le jeu, etc..

²⁵¹⁷ V. J. Chevallier, *Le service public*, P.U.F., Coll. Que sais-je ? Droit-politique, n°2359, 8^e éd., 2010, spéc. p. 2. J. Chevallier ajoute : « le service public est un opérateur idéologique : il sculpte le mythe d'un État généreux, bienveillant, uniquement soucieux du bien-être de tous ; le service public est le « principe axiologique » qui est censé commander la gestion publique, la finalité à laquelle sont tenus de se référer gouvernants et fonctionnaires, la norme dont dépend la légitimité de leur action » (p. 3). V. aussi G. J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, préc., p. 36 ; N. Foulquier, « Le service public », in *Traité de droit administratif*, P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (ed.), tome 2, Paris, Dalloz, 2011.

²⁵¹⁸ V. T. Prosser, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 63, n° 4, *Public Perspectives on Privatization*, (Autumn, 2000), pp. 63-82, spéc. p. 64.

²⁵¹⁹ V. H. J. Laski, *Authority in the Modern State*, Batoche Books, 1919, spéc. p. 10 (« The state, for instance, to its members is essentially a great public service corporation »).

²⁵²⁰ V. cette affirmation : « In this article, however, I hope to suggest a paradox. The United Kingdom has experienced a new growth of public service law in relation to the privatized utilities. This has resulted in a convergence of the tradition of the United Kingdom and that of nations such as France and Italy, where public service has played a central role in public law, due in part to a unique rhetoric of public service in the Continental tradition » (T. Prosser, *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 63, No. 4, *Public Perspectives on Privatization*, Autumn, 2000, pp. 63-82).

²⁵²¹ V. H. Wollmann, G. Marcou, *Introduction*, in *The Provision of Public Services in Europe – Between State, Local Government and Market*, H. Wollmann, G. Marcou (eds), E. Elgar, 2011, spéc. p. 3. La thèse d' Anne-Élisabeth Villain-Courrier écarte dès l'introduction l'objectif de créer une notion juridique commune de service

même si la notion de service public n'a pas acquis au Royaume-Uni le rang qu'elle a acquis en France, l'accumulation de textes dans les domaines des télécommunications, de l'audiovisuel, de l'eau, de l'énergie, des postes, du rail montre que l'implication de l'État fait de ces services un domaine à part, qui n'est soumis au droit commun que dans la mesure où celui-ci ne porte pas atteinte à la fonction sociale qu'ils jouent.

Si la chose existe, cela ne veut pas dire pour autant que le mythe soit aussi fort qu'en France. En revanche, le mythe de la régulation est lui, bien d'origine anglo-saxonne et si les précédents mythes de l'État venaient bien de France et si la doctrine anglaise se plaît à remarquer l'absence de théorie de l'État au Royaume-Uni, la régulation pourrait bien marquer un tournant. C'est en effet dans ce cadre qu'une pensée de l'État, avec la régulation, émerge au Royaume-Uni. En France, ce terme est devenu, à la suite de la police et du service public, le nouveau mythe de l'État.

Mais la seconde difficulté est peut-être encore plus difficile à surmonter pour discerner, avec la régulation, une notion ayant suffisamment d'unité et de spécificité. Cette difficulté résulte du fait que le droit se voit, de manière croissante, confier une fonction économique.

§ 2 — La régulation se présente comme nouvelle fonction du droit

808. La fonction sociale du droit est documentée depuis longtemps, en France²⁵²², comme au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Les idées de Duguit sur la fonction sociale du droit de propriété, estime M. C. Mirow, « influencèrent la conception de la propriété dans le monde entier, depuis sa formulation au début du XX^e siècle. Elle eut une importance fondamentale dans la pensée constitutionnelle européenne et des pays latino-américains. Aux États-Unis, cette idée a connu, récemment, une renaissance comme discours de changement face à la longue tradition qui confère un caractère absolu aux droits de propriété »²⁵²³. Comme le

public pour s'intéresser au problème de l'éthique dans le service public (Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, tome 40, 2004, spéc. p. 6). V. sur la notion fonctionnelle de service public la conclusion de l'article de Gilles J. Guglielmi (« Le rôle du Conseil d'Etat dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », RFDA 1996 p. 305). On retrouve d'ailleurs cette notion en droit de l'Union européenne (V. M. Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public ? », RFDA 2008 p. 58 ; G.-J. Guglielmi, G. Koubi, « La notion de service public en droit européen », AJDA 2009 p. 1783).

²⁵²² V. L. Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, conférences faites à l'École des hautes études sociales, F. Alcan (Paris), 1908, spéc. p. 148 (« Mais il n'est pas douteux que la conception de la propriété droit subjectif disparaît pour faire place à la conception de la propriété fonction sociale »). V. aussi *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Tome 3, spéc. pp. 619-620 ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, F. Alcan, 1912, spéc. première conférence. Pour Léon Duguit cette notion de fonction sociale est en réalité le service public : V. Titre : *Les transformations du droit public*, A. Colin (Paris), 1913, spéc. p. 40 (« Cette notion de fonction sociale qu'aperçoivent les hommes politiques et les théoriciens publicistes, et qu'ils placent à la base du droit public, c'est au fond la notion de service public »). La fonction sociale qui change le fondement du droit de propriété, modifie aussi le sens de l'État. V. aussi G. Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009 ; R.-E. Charlier, « Les fins du Droit public moderne », R.D.P. 1947, p. 127 (il distingue les fins économiques et les fins supérieures).

²⁵²³ V. M. C. Mirow, « The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others », *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 191 suiv, spéc. p. 226. Traduction de : « The social-function norm influenced ideas of property around the world since its formulation in the early twentieth century. It was to have profound importance in European and Latin American constitutional thought. In the United States, the idea has experienced a recent rebirth as an alternative discourse to a long tradition of absolute property rights ». V.

montre Alexander, la critique de la vision « blackstonienne » du droit de propriété commence dès le début du XX^e siècle, consacrant une socialisation de la propriété²⁵²⁴.

809. Cette conception laisse la place aujourd'hui à une fonction économique de l'ensemble des institutions juridiques qui rend l'analyse de la fonction de régulation plus difficile. L'intervention de l'État procède de plus en plus d'une rationalité économique qui fait obstacle à l'identification d'une notion spécifique. Ainsi, certaines polices spéciales comme celle des marchés financiers se voient de plus en plus assigner comme but l'efficacité du marché²⁵²⁵ ou même, ces polices se voient réformer dans le but de reproduire les effets supposés du marché.

Conclusion de la Section 1

La définition de la régulation s'oppose donc à plusieurs difficultés : un nouveau mythe de l'État, une nouvelle fonction du droit. Érigée en mythe aujourd'hui, elle est porteuse d'un ensemble d'aspirations et de conceptions de l'État. De même, la régulation émerge en même temps que le droit se voit confier une fonction économique.

Ce panorama historique a aussi pour objet de montrer que l'important est moins les mots que leur substance. Le meilleur exemple étant bien sûr la police. Comme le remarque Jean-Louis Martres, « Cette réapparition dans un État libéral du pouvoir de police dans toute son ampleur, montre bien que son objet traditionnel en droit français est lié à une certaine conception de l'État plutôt qu'à la nature même de la police »²⁵²⁶. C'est à partir de cette nouvelle conception de l'État et du droit qu'il faudra à présent définir la régulation.

Charles A. Reich, « The New Property », 73 Yale Law Journal 733 (1964), « Property is not a right, but a deliberate construction of society » (spéc. p. 771).

²⁵²⁴ V. G. S. Alexander, *Commodity and propriety : competing visions of property in American legal thought, 1776-1970*, Chicago, Ill., University of Chicago Press, 1997, pp. 311 suiv..

²⁵²⁵ V. J. Méadel, *Les marchés financiers et l'ordre public*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 478, 2007.

²⁵²⁶ V. J.-L. Martres, *Caractères généraux de la police économique*, préc., p. 51.

Section 2 — *La régulation comme fonction d'institution d'un ordre de marché fondé sur la concurrence*

810. La définition de la régulation qu'il faut à présent construire est une définition qui se place dans le cadre des fonctions de l'Administration dans l'économie. Il est constant que les fonctions administratives peuvent être regroupées en fonction de police ou de réglementation et en fonction de service public ou de prestation. Même si ces notions ne sont pas reçues juridiquement de la même manière en France et au Royaume-Uni, une définition matérielle en prestation et prescription permet de regrouper adéquatement les fonctions administratives traditionnelles²⁵²⁷.

Historiquement, dans un cadre libéral, les fonctions de l'État ont été contrôlées en référence au principe de liberté. En France comme au Royaume-Uni, la liberté de commercer est protégée des intrusions de l'État. Le fondement libéral des deux ordres juridiques donne un fondement identique à l'intervention de l'État.

811. Il n'en est pas de même dans le cadre de la régulation. La pensée de la régulation souffre d'une première confusion quant à son fondement idéologique, dans ce qu'il a été convenu d'appeler, de manière malheureuse d'ailleurs, le néo-libéralisme. Ce terme a en effet été utilisé pour désigner tant l'État providence, par Jean-Paul Sartre²⁵²⁸ ou Richard F. Kuisel²⁵²⁹, que la nouvelle forme d'intervention de l'État née dans les années 1980. L'accord presque général pour l'utilisation de ce terme force à l'utiliser, mais tout l'enjeu est d'en fixer le contenu. Or, c'est en comprenant que ce que l'on peut appeler le néo-libéralisme n'est pas, juridiquement, un libéralisme exacerbé, mais au contraire la mise en place d'un ordre juridique dont la référence est le marché et non plus la liberté, que l'on pourra comprendre la nature de la régulation et que l'on pourra en fournir une définition adéquate.

812. Pour montrer le changement d'ordre juridique, c'est une analyse de la jurisprudence tant française que de *common law* qui fournira la substance de la démonstration. La régulation traduit un changement de l'ordre juridique qui n'est plus un ordre de liberté, mais un ordre juridique fondé sur l'efficacité du marché (§1). Ce nouvel ordre juridique est au fondement d'une nouvelle fonction administrative, la fonction de régulation (§2).

*

§1 — Un changement d'ordre juridique : de la liberté à l'efficacité du marché

²⁵²⁷ V. sur cette classification et les débats correspondants J.-P. Négrin, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 102, 1971, pp. 89 suiv..

²⁵²⁸ V. J.-P. Sartre, L'existentialisme est un humanisme, Paris, Gallimard, Coll. Folio. Essais n°284, 1996, p. 129.

²⁵²⁹ V. R. F. Kuisel, Le capitalisme et l'État en France : modernisation et dirigisme au XXe siècle, Paris, Gallimard, Coll. Bibl. des histoires n°122, 1984, spéc. chap. IX. Richard F. Kuisel analyse « l'ordre néo-libéral » qui correspond à l'interventionnisme d'après-guerre.

§2 — Un nouvel ordre juridique au fondement d'une nouvelle fonction administrative : la fonction de régulation

*

§ 1 — Un changement d'ordre juridique : de la liberté à l'efficacité du marché

813. Comme l'affirme E. García de Enterría, « le sens unitaire de l'ordre juridique s'exprime moins dans l'ensemble des normes particulières que dans un ensemble de principes structurels qui ne sont pas toujours formulés comme tels »²⁵³⁰, de sorte que, ajoute Gérard Marcou, « l'ordre juridique peut conserver ses caractéristiques structurelles malgré l'évolution incessante des normes positives ; quand ces principes eux-mêmes changent, c'est en revanche l'ordre juridique lui-même qui est affecté. Ces principes structurels sont de nature juridique, et non pas extérieurs au système juridique »²⁵³¹.

814. Traditionnellement, l'ordre juridique, défini comme « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »²⁵³², est structuré par rapport au principe de liberté. Même si l'État est intervenu par des normes de plus en plus nombreuses pour limiter cette liberté, la nature libérale de l'ordre juridique fondamental ne s'en trouve pas pour autant changée.

C'est ce principe de liberté qui constitue la limite et le but de l'intervention de l'État. Aussi, les fonctions de l'État sont-elles contrôlées et fondées par ce principe (I). Le néo-libéralisme déplace, lui, ce fondement vers la notion de marché (II).

I — Les fonctions de l'État face à la liberté

La France (A) et le Royaume-Uni (B) partagent un même attachement au libéralisme et c'est dans ces deux pays que la philosophie politique a développé ces aspirations. Les traductions juridiques du libéralisme se retrouvent en droit constitutionnel, mais aussi en droit administratif.

A — La situation française

815. En France, la jurisprudence a tôt établi que le standard à l'aune duquel l'intervention de l'État dans l'économie — ainsi que dans d'autres domaines — devait être contrôlée est la liberté. Dans le domaine des activités de prescription, de réglementation, le juge administratif

²⁵³⁰ V. E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 6e éd., 1993, tome I, p. 60s., cité par G. Marcou, Introduction, in *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, G. Marcou (dir.), L'Harmattan, 1995, pp. 14-15.

²⁵³¹ V. G. Marcou, Introduction, in *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, G. Marcou (dir.), L'Harmattan, 1995, pp. 14-15.

²⁵³² C. Leben, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), Lamy, P.U.F., Coll. Quadrige Dicos poche, 2003.

français a posé la règle que les autorités administratives ne sauraient, sans l'intervention préalable du législateur, porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie en subordonnant l'exercice d'une profession à la détention d'une autorisation préalable²⁵³³. Face au pouvoir de police de l'autorité administrative, la liberté du commerce est sous la seule sauvegarde du législateur ou pour le dire avec les mots célèbres du commissaire du gouvernement Gazier dans ses conclusions « là où aucune loi n'est intervenue le principe subsiste toujours, qui demeure le droit commun de l'activité industrielle en France »²⁵³⁴, et qu'énonce la loi des 2-17 mars 1791 consacrant la liberté du commerce et de l'industrie²⁵³⁵. De même, le Conseil constitutionnel, sur le fondement de la liberté d'entreprendre dont la liberté du commerce et de l'industrie est pour le Conseil d'État une composante²⁵³⁶, protège celle-ci des « restrictions arbitraires ou abusives »²⁵³⁷ que le législateur pourrait lui apporter et qui aurait pour effet d'en dénaturer la portée²⁵³⁸. Jean-Louis Mestre a bien montré, commentant la décision de 1982 du Conseil consacrant la liberté d'entreprendre l'inspiration, libérale de ce jugement, cohérente avec l'esprit libéral de la déclaration de 1789²⁵³⁹. Malgré la multiplication des interventions législatives visant à limiter par voie de prescription cette liberté, celle-ci « survit » toujours pour employer le terme de Pierre Delvolvé²⁵⁴⁰, et les restrictions ne sont que des « exceptions »²⁵⁴¹. Le droit de l'Union européenne vient aussi renforcer, dans certains de ses aspects, la liberté économique, puisque le Traité protège les libertés d'établissement, de prestation de service, la libre circulation des personnes, des capitaux et des marchandises²⁵⁴².

816. En matière de prestation publique, la liberté du commerce et de l'industrie emporte aussi, en principe, une logique d'abstention, sans toutefois, qu'ici, ce principe ait un

²⁵³³ V. Conseil d'État, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Rec. 362, D. 1951.589, concl. Gazier, note J.C. : « le maire, qui tient de l'art. 97 de la loi du 5 avr. 1884, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation et l'ordre public, – notamment en défendant à ceux qui s'y livrent de photographier les passants contre leur volonté ou en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures, – ne saurait, sans méconnaître la loi précitée du 16 juill. 1912 et porter atteinte à la liberté de l'industrie et du commerce garantie par la loi, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation ; que dès lors, le sieur Daudignac est fondé à soutenir que l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir ». V. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., 17^e éd., n°66.

²⁵³⁴ Conclusions de F. Gazier sous l'arrêt Daudignac, Dalloz 1951, Jurisprudence, p. 591.

²⁵³⁵ Sur les fondements textuels de la liberté du commerce et de l'industrie, sur le décret d'Allarde notamment puis la loi Le Chapelier qui abolit les corporations, la Constitution de l'an III ou celle de 1848, v. P. Delvolvé, Droit public de l'économie, préc., n°85, p. 106-107.

²⁵³⁶ Conseil d'État, ord., 12 nov. 2001, Commune de Montreuil-Bellay, req. n° 239840, Dr. adm. 2002, p. 35, note Martine Lombard.

²⁵³⁷ V. Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n°81-132 DC, cons. 16 (J.O.R.F., 17 janvier 1982, p. 299 ; Recueil p. 18).

²⁵³⁸ V. « Il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » : décisions n°89-254 DC, 4 juillet 1989, cons. 6 ; n°90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 14 ; n°90-287 DC, 16 janvier 1991, cons. 21 ; n°92-316 DC, 20 janvier 1993, cons. 29.

²⁵³⁹ V. J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », Recueil Dalloz, 1984, chron. I, p. 1.

²⁵⁴⁰ V. P. Delvolvé, Droit public de l'économie, préc., n°85, spéc. p. 107. A. de Laubadère avait lui aussi employé la même expression Traité, tome 4, p. 127. M. Guibal, « Commerce et industrie », in Répertoire de droit commercial, 2003, n°69.

²⁵⁴¹ V. J.-Y. Chérot, Droit public économique, préc., p. 53.

²⁵⁴² V. S. Nicinski, Droit public des affaires, préc., n° 81 suiv., p. 34-35.

quelconque fondement textuel, comme le relève Sophie Nicinski²⁵⁴³, puisque le décret d'Allarde ne vise pas les activités publiques. Il s'agit d'un principe d'abstention, de non-intervention, de non-concurrence des activités privées par l'action publique²⁵⁴⁴. Après l'arrêt Casanova de 1901 qui n'admet l'intervention d'une personne publique dans le champ des activités commerciales que dans des circonstances exceptionnelles, l'arrêt Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers²⁵⁴⁵ affirme que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». Ce principe d'abstention, qui réserve l'activité économique à l'initiative privée est encore confirmé en 2006 — avec des nuances²⁵⁴⁶ —, dans l'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris²⁵⁴⁷, ce qui condamne, pour Jean-Yves Chérot et Sophie Nicinski l'interprétation de l'avis Jean-Louis Bernard Consultants dans le sens de la consécration d'un principe d'égale concurrence entre personnes publiques et privées²⁵⁴⁸. L'ordre juridique français est donc bien fondé sur un principe de liberté, sur le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Gérard Farjat a bien montré dans sa thèse la différence fondamentale entre les principes libéraux et les principes interventionnistes. Les premiers apparaissent consubstantiels à l'ordre public fondamental tandis que les seconds ne

²⁵⁴³ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., p. 390, n°903. Jean-Claude Douence va même plus loin en estimant que l'idéologie libérale du XIX^e siècle a façonné la portée du principe : « Au XIX^e, l'idéologie du libéralisme économique qui servait de fondement au système économique et social de la France a donné à la liberté du commerce et de l'industrie une portée qui ne résultait pas expressément des termes de la loi de 1791 » (J.-C. Douence, « Les services publics locaux », in *Encyclopédie des collectivités locales*, 2003, n°160).

²⁵⁴⁴ V. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, préc., p. 77.

²⁵⁴⁵ V. Conseil d'État, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. Lebon p. 583, concl. Josse et note R. Alibert S. 1931.III.73. V. aussi *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., 17^e éd., n°43.

²⁵⁴⁶ L'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* modifie nettement la place de critère de la « carence de l'initiative privée » posé par l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. Ce critère ne vient plus que comme un indice de l'intérêt public qui s'attache à l'intervention en question sans être une condition à l'intervention de la personne publique. Le critère de la « carence de l'initiative privée » était d'ailleurs loin d'être clairement défini dans la jurisprudence comme le montre Martine Lombard (« 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : pavane pour une infante défunte », *Revue juridique de l'économie publique* n° 683, Février 2011, repère 2).

²⁵⁴⁷ V. Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. Lebon p. 272, AJDA 2006. 1584, chron. Landais et Lenica, *Contrats Marchés publ.* 2006, no 202, note Eckert, JCP Adm. 2006. 113, note Linditch, RFDA 2006. 1048, concl. Casas, *Droit Administratif* n° 8, Août 2006, comm. 129, note M. Bazex.

²⁵⁴⁸ V. Conseil d'État, Sect., avis contentieux, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJ 2000.987, chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffé et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4, comm. Eckert ; CTI janv. 2001, comm. Célérier ; DA 2001, n° 4, chr. Laidié). Cet avis affirme « aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». Catherine Bergeal, dans ses conclusions, était on ne plus nette sur la portée de cet avis : « Le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égale concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé ». Pourtant, le Conseil d'État dans son rapport pour 2002, semblait déjà réduire la portée de l'arrêt : « l'avis se borne à rappeler qu'il n'y a pas d'incapacité commerciale par principe ou par nature des personnes publiques » (« Collectivités publiques et concurrence », *Études et documents du Conseil d'État*, 2002, n°53, pp. 215-457, spéc. p. 263). Sophie Nicinski interprète l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* comme une réaffirmation de l'actualité du principe de liberté du commerce et de l'industrie (*Droit public des affaires*, préc., p. 398, n°923), comme d'ailleurs Jean-Yves Chérot (*Droit public de l'économie*, préc., p. 75 suiv.).

constituent que des législations d'exception qui, quel que soit le degré d'intervention, ne modifient pas le fond du droit : « En conclusion, on doit constater que le développement des mesures autoritaires à fin économique laisse subsister le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, [...] la législation d'esprit dirigiste, elle ne paraît pas, sauf exception de faible portée, emporter la création de véritables principes fondamentaux »²⁵⁴⁹.

La situation, malgré quelques différences à analyser, n'est pas fondamentalement différente au Royaume-Uni.

B — *La situation en common law*

817. La situation n'est pas différente au Royaume-Uni : c'est par rapport au principe de liberté que l'action publique est jugée et la liberté du commerce bénéficie donc, comme en France, du régime protecteur des libertés publiques, placées sous la garde du législateur²⁵⁵⁰. Et pourtant, curieusement, à aucun moment Dicey ne parle de la liberté du commerce dans son analyse de la constitution anglaise²⁵⁵¹. Concernant, en premier lieu, l'activité de réglementation, il est de principe que les règlements qui portent atteinte à la liberté du commerce sont illégaux. Lord Mansfield établit clairement ce principe²⁵⁵² : à moins d'avoir une base légale dans la coutume, le règlement d'une commune qui porte atteinte à la liberté du commerce est illégal, car « d'après le *common law*, toute personne peut exercer tout commerce où il lui semble bon, à moins qu'une coutume n'en dispose autrement »²⁵⁵³. Le fondement de ce principe se trouve déjà dans ce qu'il est convenu d'appeler le grand arrêt sur les monopoles de 1623, dans lequel il fut jugé que l'attribution par la Couronne d'un « odieux » monopole portant sur la manufacture des cartes est illégale²⁵⁵⁴. Et, plus récemment, dans l'arrêt *R. v Coventry City Council Ex p. Phoenix Aviation*, les juges ont réaffirmé l'obligation qui incombe aux personnes publiques de respecter et même de protéger l'exercice de cette liberté²⁵⁵⁵. Concernant, en second lieu, l'activité de prestation, l'état du

²⁵⁴⁹ V. G. Farjat, *L'ordre public économique*, préc., p. 108 ; G. Marcou, « L'ordre public économique », préc..

²⁵⁵⁰ V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., p. 32, n°77.

²⁵⁵¹ V. A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, préc..

²⁵⁵² *V. Hesketh v Braddock*, 11 February 1766, 97 E.R. 1130, p. 1856 (« For, a bye-law "to exclude," without a custom to support it, would be void, as an illegal restraint upon the common right of the subject »).

²⁵⁵³ *V. Clark, Esq., Chamberlain of the City of London v Le Cren*, 24 January 1829, (1829) 9 Barnewall and Cresswell 52, 109 E.R. 20, p. 58 : « By *common law*, any person may carry on any trade in any place, unless there be a custom to the contrary, and if there be such a custom, then a by-law in restraint of trade warranted by such custom will be good ». V. « Local Government », *Halsbury's Laws of England*, vol. 69, 2009, 5th ed., n° 565.

²⁵⁵⁴ *V. Case of Monopolies*, 77 Eng. Rep. 1260 (1378-1865). Le seul pouvoir que conserva la Couronne et dont l'effet est d'instituer un monopole est celui d'attribuer un droit exclusif concernant les brevets (*v. Pfizer Corporation v Ministry of Health* [1965] 2 W.L.R. 387, spéc. p. 560). V. T. B. Nachbar, « Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation », vol. 91, n°6, octobre 2005, pp. 1313 suiv..

²⁵⁵⁵ *V. R. v Coventry Airport Ex p. Phoenix Aviation*, [1995] 3 All E.R. 37. Il fut jugé que « les autorités publiques ayant la responsabilité d'administrer les ports et aéroports victimes des perturbations causées par des manifestations pour les droits des animaux ne jouissaient d'aucune compétence générale dans leurs textes institutifs pour faire des discriminations entre commerces légaux. Il n'y avait aucune urgence et par conséquent aucune justification pour ne pas respecter leur devoir d'accepter tout commerce légal (...). L'état de droit n'autorise pas les autorités publiques à répondre à des manifestations illégales et à capituler devant la menace de groupes de pression mais les oblige, au contraire, à coopérer avec la police pour permettre aux individus de poursuivre leur activité commerciale légale ». On voit bien ici dans ce raisonnement, similaire à celui mis en œuvre par le Conseil d'État dans l'arrêt *Benjamin*, que la liberté du commerce bénéficie du même régime de protection que l'ensemble des libertés publiques. L'interdiction pure et simple d'une activité légale devant la

droit est, ici, plus difficile à établir. On trouve des affirmations doctrinales qui tendent à rapprocher les situations françaises et anglaises : ainsi, George Laurence Gomme affirme qu'« il n'est pas du ressort des autorités locales d'entrer en concurrence avec les entrepreneurs privés »²⁵⁵⁶. Toutefois, on ne trouve pas, dans la jurisprudence, d'équivalent au principe de liberté du commerce et de l'industrie servant à contrôler la création d'activités concurrençant les activités privées. L'exercice d'activités concurrençant le secteur privé est contrôlé par le principe de spécialité essentiellement. D'abord, comme en France²⁵⁵⁷, les autorités publiques anglaises peuvent mettre en place des services pour subvenir à leurs propres besoins²⁵⁵⁸ ; cependant, concernant la création de services publics la plupart des arrêts se fondent sur le principe de spécialité pour déclarer telle ou telle activité illégale, car n'entrant pas dans les compétences de l'autorité en question²⁵⁵⁹. On trouve toutefois des affirmations des juges allant dans le sens d'un principe d'interdiction : ainsi, il a pu être observé que « comme le pouvoir de fabriquer était restreint à la couverture des propres besoins de la ville et qu'il n'impliquait pas de commerce avec le public, il ne pouvait être question de concurrence déloyale avec les commerçants »²⁵⁶⁰. *A contrario*, cette affirmation signifie bien que si la ville développait ce service en entrant en concurrence avec l'initiative privée, une telle décision serait, à moins d'avoir une base dans la loi, illégale. La différence s'explique certainement par la divergence dans la manière d'envisager la nature juridique des municipalités. En Angleterre, elles sont encore à cette époque considérées juridiquement comme des personnes morales (*corporations*, que l'on pourrait aussi traduire par établissement public)²⁵⁶¹. Elles n'ont dès lors pas de statut juridique différent de celui de l'établissement public et c'est ce qui explique le contrôle juridictionnel de leur action à travers le principe de spécialité. Ce n'est que depuis 2000, par la loi sur le gouvernement local, que les collectivités locales se sont vu

menace de manifestations est disproportionnée, l'autorité publique doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la liberté en question en empêchant les débordements qui menaceraient l'ordre public.

²⁵⁵⁶ V. « It is not within the province of local government to enter into competition with the private trader » (G. L. Gomme, *Lectures on the principles of local government: delivered at the London School of Economics*, Westminster, A. Constable, 1897, p. 145).

²⁵⁵⁷ Conseil d'État, Sect., 27 juin 1930, Bourrageas et Moullot, Rec. 659 ; 29 avril 1970, Société Unipain, Rec. 280 ; AJ 1970.340, concl. Braibant ; RD publ. 1970.423, note M. Waline ; 26 janv. 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Rec. 20 ; RJEP 2007.265, concl. N. Boulouis ; AJ 2007.744, note Nicinski. V. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17^e éd., n° 43, spéc. n°8, pp. 268-269.

²⁵⁵⁸ V. *Graham v Glasgow Corporation*, 22 November 1935, 1936 S.C. 108.

²⁵⁵⁹ V. *Attorney-General v Manchester Corporation*, 5 February 1906, [1906] 1 Ch. 643 (portée du principe de spécialité).

²⁵⁶⁰ V. *Graham v Glasgow Corporation*, 22 November 1935, 1936 S.C. 108. Traduction de : « Observed that, since the power to manufacture, &c., was confined to the supply of the burgh's own needs and did not involve trading with the public, there could be no question of unfair competition with the trading community ». Le juge explique sa position ainsi : « At the worst, the effect of the proposal, if carried out, would be that some trader or traders in the stationery or printing business would lose the chance of securing a large customer. But that is just an ordinary business risk which may occur any day—for example, by the transfer of a business from one locality to another. In any view, the private interests of some individual citizens must yield to the general interest of the community; and there is no suggestion in the petitioner's pleadings that the proposal would be adverse to such interest ». V. aussi *Attorney-General v Smethwick Corporation*, 4 February 1932, [1932] 1 Ch. 562

²⁵⁶¹ V. A. Martin-Pannetier, *Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, Tome 63, 1966, spéc. pp. 34-35 suiv. (l'objectif de ses développements est justement de rattacher l'analyse du local government à son étude de l'établissement public) ; R. Garreau, *Le Local Government en Grande-Bretagne*, Thèse Paris, 1959, p. 41 : « les pouvoirs des autorités locales résultent de leur statut de corporation qui leur confère la personnalité morale. Toutes les autorités locales, à l'exception de certaines *joint authorities*, sont des *corporations* qui ont été créées par une charte ou une loi pour exercer des droits et pouvoirs déterminés et pour remplir certaines obligations ».

attribuer un pouvoir pour promouvoir le bien-être de leurs habitants²⁵⁶². À l'inverse, en France, comme le rappelle d'ailleurs Raphaël Alibert dans sa note sous l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, « les communes ne sont pas des établissements publics soumis au principe de spécialité. Ce sont des démembrements de l'État, chargés d'assurer, sur leur territoire, des services d'intérêt public essentiels à la vie sociale du pays »²⁵⁶³.

818. Malgré cette absence de consécration du principe de liberté du commerce concernant le contrôle des prestations publiques, c'est le principe de liberté qui permet, dans les deux systèmes juridiques, de contrôler l'intervention de l'État, ce qui est cohérent avec le constat de Fernand Braudel qui, lorsqu'il s'interroge sur le problème essentiel qui a agité l'histoire européenne du V^e siècle à l'époque actuelle, répond : « À coup sûr, ce problème est celui de *la*, ou mieux, *des* libertés européennes. *Le mot de liberté est le mot-clef* »²⁵⁶⁴. Malgré toutes les différences que les droits administratifs français et anglais peuvent manifester — Sabino Cassese va même jusqu'à dire que ces deux droits administratifs constituent deux « types idéaux »²⁵⁶⁵ —, le problème essentiel auquel ils font face est le même, celui du rapport de l'État à la liberté des citoyens, ici dans leurs rapports économiques. La liberté est ainsi devenue « la fin même de l'institution » pour Étienne Picard²⁵⁶⁶ et même davantage puisque, pour Michel Villey, cette liberté est le fin mot du droit²⁵⁶⁷.

L'intervention de l'État dans l'économie est donc dominée, dans le droit, par un principe d'abstention, tant en France qu'au Royaume-Uni, abstention qui permet d'ouvrir aux individus un espace de liberté. De surcroît, dans les deux systèmes juridiques, le contrôle de l'intervention de l'État n'a pas de spécificité. Les restrictions à la liberté du commerce, en tant que liberté publique, sont contrôlées de la même manière que toute restriction à une liberté publique.

²⁵⁶² V. Local Government Act 2000, (chap. 22), spéc. partie 1.

²⁵⁶³ V. R. Alibert, note sous Conseil d'État, 27 février 1931, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S. 1931.III.73.

²⁵⁶⁴ V. F. Braudel, Grammaire des civilisations, Paris, Flammarion, Coll. Champs histoire, n° 795, 2008, p. 430.

²⁵⁶⁵ V. S. Cassese, La construction du droit administratif : France et Royaume-Uni, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs Politique, 2000, pp. 61 suiv..

²⁵⁶⁶ V. É. Picard, La notion de police administrative, Paris, L.G.D.J., Rouen, Université de Rouen, Coll. Bibl. de droit public, tome 146, Publications de l'Université de Rouen, tome 88, 1984, tome 2, p. 499. V. aussi la définition de la liberté juridique que donnent Jacques Robert et Jean Duffar : « La liberté juridique ne peut s'exercer qu'à la double condition que le bénéficiaire soit affranchi de toute obligation concernant l'acte considéré comme libre et que les tiers soient soumis eux-mêmes à une interdiction générale de porter atteinte à l'exercice de cette liberté. Il n'y a dès lors "liberté juridique" que dans la mesure où cette liberté est *protégée* dans son exercice contre les atteintes que les tiers pourraient y porter. La liberté juridique implique une obligation, non point à la charge de celui qui est libre, mais à la charge des tiers. Elle peut de fait s'analyser comme une *créance sur tous les membres de la collectivité* » (Droits de l'homme et libertés fondamentales, Paris, Montchrestien, Coll. Domat. Droit public, n°109, 8^e éd., 2009, p. 13, n°10). M. Foucault, lui, dit que pour le libéralisme la liberté est une « idéologie et une technique de gouvernement » (Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France (1977-1978), éd. établie sous la dir. de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Gallimard, Seuil, Coll. Hautes études n°598, 2004, Leçon du 18 janvier 1978, pp. 31 suiv.).

²⁵⁶⁷ V. ce commentaire de Michel Villey à partir de Kant : « On vient de commenter une notion qui s'avère toujours actuelle et vivante. Telle elle nous a été transmise par la philosophie de KANT, à la fin de l'époque « moderne ». — Principes métaphysiques premiers de La doctrine du Droit 1976. — Je choisis cet ouvrage en raison de l'éminence de son auteur. « Le droit est l'ensemble des conditions » qui permettent la coexistence des « libertés » individuelles. Son seul but est la liberté, déduite immédiatement par Kant des premiers principes inhérents à la Raison individuelle » (Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit, préc., pp. 108-109).

Pour montrer comment le changement s'opère, il faut montrer d'abord comment le néo-libéralisme articule une critique du libéralisme et comment il déplace le fondement de l'intervention étatique de la liberté au marché.

II — Le néo-libéralisme, fondement d'un nouvel ordre juridique de marché fondé sur la concurrence

Le néo-libéralisme, ou ce qu'il est convenu d'appeler tel, part d'une critique du libéralisme. Il se distingue de lui radicalement en ce qu'il est au fondement d'un interventionnisme à la différence du libéralisme traditionnelle (A). Aussi confère-t-il au marché un nouveau rôle. Celui-ci n'est plus un espace d'épanouissement de la liberté, mais un mode de contrôle de la puissance privée (B). Le prolongement américain du néo-libéralisme entreprend, lui, d'attribuer un nouveau fondement au marché qui n'est plus la liberté, mais l'efficacité économique (C).

A — Le néo-libéralisme, la critique du libéralisme et la fondation intellectuelle d'un nouvel interventionnisme

819. Le néo-libéralisme fonde, lui, un ordre juridique qui n'est pas fondé sur la liberté. Au départ du mouvement néo-libéral se trouve une critique du libéralisme, libéralisme accusé tant par les néo-libéraux Allemands qu'Américains, d'avoir rendu inéluctable l'interventionnisme sous la forme qu'il prend à partir des années trente et auquel Keynes donnera sa justification doctrinale. C'est l'ordolibéralisme allemand²⁵⁶⁸ qui va donner sa première formulation à cette critique du libéralisme. Comme le montre Michel Foucault, le libéralisme est accusé par les ordolibéraux d'avoir produit, rendu nécessaire, l'intervention de l'État de type keynésien sous la forme du New Deal ou du plan Beveridge et le nazisme ou le stalinisme ; pour les ordolibéraux toutes ces expériences relèvent d'un même invariant²⁵⁶⁹ dont l'origine est à chercher dans le libéralisme tel qu'il s'est présenté au XIX^e siècle. Michel Foucault présente ainsi le changement de paradigme qu'introduisent les ordolibéraux : « Puisqu'il s'avère que l'État de toute façon est porteur de défauts et que rien ne prouve que l'économie de marché en a, de ces défauts, demandons à l'économie de marché d'être en elle-même non pas le principe de limitation de l'État, mais le principe de régulation interne de l'État [...]. Autrement dit, au lieu d'accepter une liberté de marché définie par l'État et maintenue en quelque sorte sous surveillance étatique, — ce qui était, en quelque sorte, la formule de départ du libéralisme : établissons un espace de liberté économique, circonscrivons-le et laissons-le circonscire par un État qui le surveillera —, eh bien, disent les ordolibéraux, il faut

²⁵⁶⁸ Le mouvement ordolibéral, que l'on désigne aussi sous le nom d'École de Freiburg, s'est constitué autour d'économistes comme Walter Eucken (1891-1950), de juristes comme Franz Böhm (1895-1977). Le manifeste de cette École est publié en 1936/37 sous le titre *Die Ordnung der Wirtschaft* (l'ordre économique). Le point de rencontre de ces penseurs est le colloque Walter Lippmann de 1939 où l'on trouve Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Friedrich Hayek, Ludwig von Mises (V. H. Rieter, M. Schmolz, « The ideas of German Ordoliberalism 1938-45: pointing the way to a new economic order », *European Journal of the History of Economic Thought*, Autumn 93, Vol. 1, Issue 1, pp. 87-114 ; F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. d'économie politique, tome 5, 1964 ; D. J. Gerber, *Law and competition in twentieth century Europe : protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1998).

²⁵⁶⁹ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc. p. 113-118.

entièrement retourner la formule et se donner la liberté de marché comme principe organisateur et régulateur de l'État, depuis le début de son existence jusqu'à la dernière forme de ses interventions. Autrement dit, un État sous surveillance du marché plutôt qu'un marché sous surveillance de l'État »²⁵⁷⁰. Cet auteur ajoute, à juste titre, qu'il ne faut pas confondre justement le libéralisme traditionnel avec le néo-libéralisme dans sa forme allemande ou, encore moins, dans sa forme américaine : « ce dont il est question [avec le néolibéralisme], c'est de savoir si, effectivement, une économie de marché peut servir de principe, de forme et de modèle pour un État [...]. Est-ce que le marché peut avoir effectivement pouvoir de formalisation et pour l'État et pour la société ? »²⁵⁷¹. Pour Michel Foucault, le néo-libéralisme substituerait, dans le fonctionnement du marché, l'échange à la concurrence. Effectivement, Jean-Michel Poughon explique bien que la catégorie de l'échange est le « carrefour et [l'] enjeu de la liberté politique et sociale »²⁵⁷² du libéralisme. Échange et liberté sont alors consubstantiels l'un à l'autre. Pour les néo-libéraux, ne c'est plus l'échange, mais la concurrence qui constitue le principe de fonctionnement du marché. Mais, Michel Foucault, montre qu'à cet égard, les néo-libéraux n'innovent pas et se situent dans la droite ligne de l'évolution de la pensée proprement libérale du XIX^e siècle qui peu à peu place la concurrence au centre du fonctionnement du marché. Toutefois, là où les néo-libéraux innovent c'est qu'alors que dans la pensée libérale classique, la concurrence se passe de l'intervention de l'État, n'a pas besoin de l'intervention de l'État — hors hypothèses spécifiques comme l'existence d'un monopole naturel par exemple²⁵⁷³ — ce que l'on a

²⁵⁷⁰ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 120.

²⁵⁷¹ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 121.

²⁵⁷² V. J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, préc., p. 236 suiv.. Cet auteur affirme ainsi nettement : « Le principe de la liberté d'échange, notion traditionnellement reconnue comme économique, plonge en réalité ses racines dans une conception de l'échange née des efforts des doctrines juridiques. Ces dernières ont en effet mis en place les thèmes de l'individu et de sa liberté d'action, dans le cadre d'une liberté contractuelle qui vise à limiter l'action étatique et à lui imposer le respect d'un domaine que l'on voudrait protégé contre des interventions arbitraires. La doctrine économique n'eut plus qu'à reprendre ces principes, à les adapter, accentuant l'individualisme juridique, au point de le transformer en désir de jouissance économique, que l'État, loin d'entraver, doit, au contraire, par simple arbitrage, favoriser, laissant apparaître ainsi un équilibre fondé sur le jeu d'intérêts divergents. L'extension de ces principes aux nations permet la liberté des échanges internationaux. Mais le principe de la liberté, révélé par l'échange, ne se limite pas seulement aux domaines juridique et économique. Fondement de la société, il était naturel que l'échange exerçât une influence au niveau du politique, en étant à l'origine de visions différentes de l'organisation sociale (n° 348).

²⁵⁷³ À cet égard, il y a un accord de fond entre la doctrine économique et juridique. Les économistes libéraux fondent l'intervention de l'État sur les échecs du marché. L'existence d'une situation de monopole naturel est un exemple classique d'échec. Dans la doctrine juridique de *common law* la jurisprudence *Allnut v Inglis* a souvent été présentée comme s'inscrivant dans cette ligne de pensée. La jurisprudence administrative a aussi accueilli cette justification comme l'explique André de Laubadère : « Enfin il y avait déjà à l'exclusivité de la police une autre brèche mais des plus étroites : la jurisprudence tirée du vieil adage « monopole oblige » cette règle que l'autorité administrative peut imposer des conditions particulières et dans l'intérêt du public non seulement au concessionnaire à titre exclusif ce qui peut s'expliquer par le contrat, mais même aux entrepreneurs qui du fait de la limitation de la concurrence bénéficient d'un *monopole de fait* » (L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques, préc., p. 187). André de Laubadère cite un passage du répertoire Béquet très explicite : « L'Administration qui autorise l'usage privatif a le pouvoir de subordonner la délivrance de l'autorisation sollicitée aux conditions qu'elle jugera utile de prescrire pour la protection des intérêts dont elle a la garde. (...) Si le particulier se propose d'établir sur le domaine public des ouvrages destinés à un usage collectif, pour faire commerce de leur exploitation, l'Administration devra se préoccuper des intérêts généraux de la collectivité et pourra fixer les conditions de l'exploitation, soit au point de vue de la généralité de service, soit au point de vue de la qualité des prestations, soit au point de vue de la fixation des prix. La conséquence de l'occupation du domaine public est en effet l'impossibilité d'enchevêtrer ou de superposer un grand nombre d'autorisations; la concurrence ne produit plus ses effets et les industriels, admis à jouir du domaine public, jouissent d'un

résumé tant en France qu'au Royaume-Uni par l'expression « laissez-faire », les néo-libéraux en tirent, eux, un principe d'intervention de l'État. D'un état naturel, la concurrence devient un produit. Les ordolibéraux critiquent en effet l'illusion naturaliste sur laquelle le libéralisme est basé. De la fable des abeilles de Mandeville à la représentation de la main invisible d'Adam Smith, les libéraux classiques considèrent que le marché, par le jeu des intérêts, produit un ordre naturel, il est, pour reprendre les termes de Pierre Rosanvallon, la « loi régulatrice de l'ordre social sans législateur »²⁵⁷⁴. Au contraire, pour les néo-libéraux, à la différence des classiques, la concurrence suppose « une politique indéfiniment active [...] une gouvernementalité active »²⁵⁷⁵. Michel Foucault résume ce changement paradigmatique dans une formule saisissante : « il faut gouverner pour le marché, plutôt que gouverner à cause du marché »²⁵⁷⁶, si bien qu'il faut considérer le néo-libéralisme comme « une couverture pour une intervention généralisée et administrative de l'État »²⁵⁷⁷. On voit donc là ce qui différencie radicalement libéralisme et néo-libéralisme : alors que le premier prône la non-intervention de l'État, le second est au contraire une doctrine de l'intervention²⁵⁷⁸ ou, pour reprendre l'expression de François Bilger, « la « main invisible » était systématiquement remplacée par la main bien « visible » de l'État »²⁵⁷⁹.

Le néo-libéralisme se présente donc comme une idéologie de l'intervention. Mais quel est son contenu ? Quel rôle attribue-t-il au marché ?

B — Un nouveau rôle pour le marché : la notion de constitution économique

820. Cette main visible de l'État, c'est justement le droit. Les néo-libéraux du colloque Lippmann mettent en évidence que, ce qui semblait alors naturel, n'est que le produit de la législation. Louis Rougier, l'organisateur du colloque Lippmann, établit clairement, bien avant les travaux américains de l'École de Chicago que « Le régime libéral n'est pas seulement le résultat d'un ordre naturel spontané comme le déclaraient, au XVIII^e siècle, les nombreux auteurs des *Codes de la nature* ; il est aussi le résultat d'un ordre légal qui suppose un interventionnisme juridique de l'État. La vie économique se déroule dans un cadre juridique qui fixe le régime de la propriété, des contrats, des brevets d'invention, de la faillite, le statut des associations professionnelles et des sociétés commerciales, la monnaie et la banque, toutes choses qui ne sont pas des données de la nature, comme les lois de l'équilibre

monopole de fait. L'intervention de l'Administration est nécessaire pour protéger les intérêts du public contre les exigences des industriels » (Voierie terrestre, Répertoire du droit administratif, tome 28, P. Dupont (Paris), §266).

²⁵⁷⁴ V. P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, Coll. Points Politique, 1989, spéc. p. 46.

²⁵⁷⁵ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 124.

²⁵⁷⁶ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 125.

²⁵⁷⁷ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 135.

²⁵⁷⁸ Lors du colloque Lippmann, certains intervenants avaient proposé comme nom à ce mouvement, le « libéralisme positif ». W. Röpke affirme ainsi : « La liberté de marché nécessite une politique économique active et extrêmement vigilante » (La crise de notre temps, traduction française de « Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart », Payot, Coll Petite Bibliothèque Payot, tome 16, 1962, p. 299). La notion d'« interventionnisme libéral » est formulée pour la première fois en 1932 par Alexander Rüstow (v. F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, préc., spéc. p. 172). V. aussi les nombreuses citations dans ce sens que cite Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, préc., p. 139.

²⁵⁷⁹ V. F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, préc., spéc. p. 173. Cette intervention doit, toutefois, pour les ordolibéraux, être concentrée sur ce qu'ils appellent le cadre des relations économiques, l'intervention dans les processus économiques devant être, elle, limitée.

économique, mais des créations contingentes du législateur. Il n'y a dès lors aucune raison de supposer que les institutions légales, historiquement existantes à l'heure actuelle, soient d'une façon définitive et permanente les mieux appropriées à la sauvegarde de la liberté des transactions [...]. Être libéral, ce n'est pas comme le « manchestérien », laisser les voitures circuler dans tous les sens [...] ; ce n'est pas comme le « planiste », fixer à chaque voiture son heure de sortie et son itinéraire : c'est imposer un *Code de la route*, tout en admettant qu'il n'est pas forcément le même au temps des transports accélérés qu'au temps des diligences. Nous saisissons aujourd'hui mieux que les grands classiques en quoi consiste une économie vraiment libérale. C'est une économie soumise à un double arbitrage : à l'arbitrage spontané des consommateurs qui départagent les biens et les services qui leur sont offerts sur le marché au gré de leurs convenances par le plébiscite des prix et à l'arbitrage concerté de l'État qui assure la liberté, la loyauté et l'efficacité des marchés »²⁵⁸⁰. Ce qu'exprime clairement Louis Rougier, c'est le lien étroit entre le droit et l'économie. L'économie ne se déploie pas dans une sphère autonome par rapport au droit, le droit informe en permanence les mécanismes économiques. C'est pourquoi les ordolibéraux vont étendre à l'économie un concept élaboré à l'origine dans le champ juridique, en introduisant « les principes généraux de l'État de droit dans l'économie »²⁵⁸¹. Comme l'État de droit a permis de répondre au problème du despotisme politique, le concept de constitution économique se présente comme une alternative aux problèmes que suscite la puissance sur le marché.

821. Le problème essentiel qu'a dû affronter le libéralisme classique est celui du pouvoir privé, problème que n'avaient pas envisagé les philosophes et les économistes du XVII^e et du XVIII^e siècle, préoccupés qu'ils étaient le problème du pouvoir incarné par l'État, la sphère publique. Le droit sera pensé, pour les ordolibéraux, comme un moyen de contrôler le pouvoir privé²⁵⁸² en instituant un ordre que les ordolibéraux définissent comme « un ensemble de règles de droit applicable à une société composée essentiellement de décideurs indépendants dont les actions sont contrôlées et coordonnées par la concurrence de marché »²⁵⁸³. Or, les principes juridiques traditionnels, basés sur la liberté contractuelle, ne permettent pas, pour Franz Böhm, de répondre au problème du pouvoir privé. L'histoire allemande comme les histoires française et anglaise manifestent que les tentatives des entreprises privées pour fermer les marchés (par la constitution d'ententes par exemple) étaient considérées comme une expression légitime de la liberté contractuelle. Les règles du marché concurrentiel sont donc utilisées pour réduire le pouvoir privé. Le marché devient ainsi chez les ordolibéraux un moyen de contrôler le pouvoir privé²⁵⁸⁴. De lieu de l'échange libre²⁵⁸⁵, il devient un

²⁵⁸⁰ V. L. Rougier, Colloque Walter Lippmann, Paris, Libr. de Médicis, 1939, pp. 16-17, cité par M. Foucault, Naissance de la biopolitique, préc. p. 167.

²⁵⁸¹ V. M. Foucault, Naissance de la biopolitique, préc., spéc. p. 176.

²⁵⁸² V. cette affirmation de Franz Böhm : « The question that preoccupied us all, was (...) the question of private power in a free society » (cité et traduit par M. E. Streit, M. Wohlgemuth, « The Market Economy and the State Hayekian and ordoliberal conceptions », Diskussionsbeitrag 06-97, p. 6 ; citation tirée de F. Böhm, Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in his: Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, Müller, pp. 158-175).

²⁵⁸³ V. M. E. Streit, M. Wohlgemuth, « The Market Economy and the State Hayekian and ordoliberal conceptions », art. préc., p. 6. Traduction de : « The central and defining concern of ordoliberalism was to establish "order" as a set of legal rules for a society of essentially self-reliant decision makers whose actions are controlled and co-ordinated by market competition ».

²⁵⁸⁴ V. cette phrase de Franz Böhm citée et traduit par M. E. Streit, M. Wohlgemuth : « market competition can display its central function as "the most genial instrument of emasculating power" » (in F. Böhm, Demokratie

instrument de contrôle dont le fondement est désormais l'efficacité économique et non plus la liberté.

Le néo-libéralisme attribue donc un nouveau rôle au marché : un rôle de contrôle de la puissance privée. Il lui attribue aussi un nouveau fondement : l'efficacité économique²⁵⁸⁶.

C — Un nouveau fondement au marché : de la liberté à l'efficacité économique

822. Si l'ordolibéralisme change le rôle du marché dans l'ordre juridique²⁵⁸⁷, la pensée américaine, elle, avec l'École de Chicago, bouleverse le fondement même du marché, qui n'est plus la liberté, mais l'efficacité économique. Ce déplacement marque la victoire de l'École de Chicago sur celle de Harvard dans la conception du droit de la concurrence aux États-Unis²⁵⁸⁸.

823. Le courant Law & Economics introduit des déplacements importants par rapport à l'économie classique. Le premier, et peut-être le plus important, concerne le changement de paradigme. Les analyses que ces économistes mènent ne se situent plus dans le monde idéal du laissez-faire. Ronald Coase affirme très clairement que ce monde n'existe pas²⁵⁸⁹. Ensuite, cette école promeut une nouvelle conception du marché et de la concurrence, plus dynamique, et c'est pourquoi le thème de la contestabilité vient remettre en question la vision des monopoles. Désormais, « l'intervention des autorités de la concurrence doit être guidée par la seule efficacité économique »²⁵⁹⁰.

Or le paradigme de l'efficacité ne se confond pas avec celui de la liberté. L'efficacité économique n'est pas synonyme de liberté individuelle, Amartya Sen a même montré dans un

und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (ed.), *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe: Müller, 1-24. 1961, p. 22).

²⁵⁸⁵ V. sur ce point, H. Bouthinon-Dumas, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier : étude des conditions juridiques de la détermination de la valeur de la société par le marché boursier*, L.G.D.J., Coll. Droit & Economie, 2007, spéc. introduction, pp. 14-24 (sur les différentes conceptions traditionnelles du marché : le marché comme relation d'échange volontaire, comme relation d'échange fondé sur les prix, comme relation d'échange indifférente à la personne des parties à l'échange, enfin comme relation d'échange fondée sur la concurrence).

²⁵⁸⁶ Sur la dichotomie à établir entre l'école autrichienne et celle de Chicago, voir *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques : rapport de recherche*, B. Deffains, S. Ferey (resp.), G.I.P. « Mission de recherche droit et justice », 2010, spéc. pp. 8 suiv..

²⁵⁸⁷ Il s'agit bien de concevoir l'ordre juridique, avec J. Chevallier, comme un moyen de systématisation et de compréhension : « Par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple "norme juridique" : il met en évidence les interrelations qui unissent les normes juridiques, considérées comme liées les unes aux autres et formant système; ces normes sont analysées, non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution » (« L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, P.U.F., C.U.R.A.P.P., 1983, spéc. p. 8.

²⁵⁸⁸ La littérature sur ce sujet est très abondante. V. C. Le Berre, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse dactyl., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2006, tome 2, pp. 566 suiv.. V. aussi sur le caractère normatif du critère de l'efficacité économique, R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Thèse dactyl., Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, p. 235. Robert Van Horn a montré l'évolution de l'École de Chicago sur cette question : « Chicago's Shifting Attitude Toward Concentrations of Business Power (1934–1962) », *Seattle University Law Review*, 2011, vol. 34, pp. 1527 suiv.. Pour une réflexion sur la notion de marché : M.-A. Frison-Roche, « Le modèle de marché », *Archives de philosophie du droit*, n° 40, 1995, pp. 287-313.

²⁵⁸⁹ V. la critique de Pigou dans R. H. Coase, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44.

²⁵⁹⁰ V. C. Le Berre, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., p. 567.

article de 1970 que la recherche d'un équilibre optimal au sens de Paréto est contradictoire avec les valeurs du libéralisme²⁵⁹¹. L'analyse économique du droit est fondamentale dans ce changement de paradigme puisqu'elle permet de constituer, mais à partir d'éléments extérieurs au droit, la notion de marché.

Le marché connaît une fortune à la fois dans la jurisprudence (1) et dans les politiques publiques (2).

1 — L'apparition de la notion de marché dans la jurisprudence

824. Ce déplacement de centre de gravité du droit de la liberté à l'efficience du marché est visible dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine en droit de la concurrence. Christophe Le Berre a bien montré dans sa thèse l'impact de ce changement de paradigme sur la politique anticoncentration²⁵⁹². Ioannis Lianos montre, aussi, que les arrêts de la Cour suprême américaine en droit de la concurrence sont, au départ, « fortement inspirés de la nécessité de protéger la liberté d'action des entreprises »²⁵⁹³ sous les trois formes de la liberté individuelle, de la liberté contractuelle et de la liberté de commerce ; la Cour suprême opère un retournement à partir de son arrêt *Continental T.V. Inc. v GTE Sylvania*²⁵⁹⁴. Alors que jusqu'à cette décision les restrictions verticales étaient considérées comme incompatibles avec le droit de la concurrence, la Cour suprême, jugeant qu'elles améliorent la concurrence intermarque et permettent ainsi des gains d'efficacité, opère un revirement. Alors que « les restrictions verticales étaient réputées avoir comme objectif la limitation de la liberté d'action des distributeurs et la fermeture du marché »²⁵⁹⁵, explique Ioannis Lianos, cette décision en mettant l'accent sur l'efficience économique et non plus sur la liberté de la concurrence, modifie le paradigme du droit de la concurrence²⁵⁹⁶. Le juge Posner reconnaît ainsi que

²⁵⁹¹ V. Amartya Sen, « The Impossibility of a Paretian Liberal », *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, No. 1 (Jan. - Feb., 1970), pp. 152-157 (« What is the moral? It is that in a very basic sense liberal values conflict with the Pareto principle. If someone takes the Pareto principle seriously, as economists seem to do, then he has to face problems of consistency in cherishing liberal values, even very mild ones. Or, to look at it in another way, if someone does have certain liberal values, then he may have to eschew his adherence to Pareto optimality. While the Pareto criterion has been thought to be an expression of individual liberty it appears that in choices involving more than two alternatives it can have consequences that are, in fact, deeply illiberal »).

²⁵⁹² V. V. C. Le Berre, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., p. 569 suiv..

²⁵⁹³ V. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007, spéc. p. 39. V. aussi J. May, « Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918 », *Ohio St. L.J.* 305 (1989) ; V. aussi l'analyse de la jurisprudence dans G. Amato, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, 1997, spéc. pp. 27 suiv.. V. les très intéressants développements sur l'efficience opposée à la liberté de la concurrence et à la « more economic approach » du droit de la concurrence : F. Maier-Rigaud, « On the Normative Foundations of Competition Law - Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete », *Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany*, forthcoming in the *ASCOLA Competition Law series* by Edward Elgar.

²⁵⁹⁴ V. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

²⁵⁹⁵ V. I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007, spéc. p. 10-11.

²⁵⁹⁶ V. K. Yeung, *Competition Law and the Public / Private Divide*, spéc. pp. 131 suiv., *The public law/private law divide : une entente assez cordiale? : La distinction du droit public et du droit privé, regards français et britanniques*, M. Freedland, J.-B. Auby (ed.), Portland, Oxford, Hart, 2006 : « I will briefly explain the economic theory which is generally accepted as providing the foundation for modern competition law, emphasising the central role played by the concept of efficiency in assessing whether private power is harmful to community welfare. This modern conception stands in stark contrast to the original conception of competition law, in which

« l'accent du droit de la concurrence s'est déplacé de la protection de la concurrence entendue comme processus de rivalité à la protection de la concurrence comme moyen d'accroître l'efficacité économique »²⁵⁹⁷.

825. Cette évolution touche aussi l'Europe et la manière dont le droit de la concurrence est désormais envisagé²⁵⁹⁸. La notion de marché devient progressivement le centre de la politique jurisprudentielle de la Cour de justice des communautés européennes (depuis de l'Union européenne). À côté des notions juridiques libérales articulées autour des différentes libertés européennes et contrôlées de manière classique au moyen du contrôle de proportionnalité, la Cour développe une jurisprudence centrée sur la notion de marché. Philippe Maddalon a bien mis en évidence l'essor de cette nouvelle catégorie juridique dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. L'auteur montre combien cette notion influence progressivement les méthodes du juge et modifie les solutions : « certaines expressions évoluent sous l'impulsion des définitions successives de la CJCE ; elles le font toujours dans le sens de plus grande compatibilité avec les relations marchandes »²⁵⁹⁹. Or, les fondateurs de l'Union n'avaient pas cet objectif à l'esprit, « l'édification d'une société de marché » pour reprendre les termes de Philippe Maddalon. Au contraire, « ils souhaitent nouer des relations économiques, pour développer ensuite des rapprochements en matière sociale, voire politique »²⁶⁰⁰. Et Philippe Maddalon de montrer que cet ordre juridique fondé sur le marché est bien construit par le juge.

C'est surtout l'évolution du droit de la concurrence européen vers l'approche dite « plus économique » (« *more economic approach* ») qui bouleverse le centre de gravité de ce droit²⁶⁰¹.

826. Dans les ordres internes anglais et français, l'évolution est différemment reçue. Alors que le droit de la concurrence va irriguer en France et bouleverser l'ordre juridique interne

private economic power was perceived as a potential threat to individual freedom rather than primarily as a threat to the efficient functioning of markets » (pp. 132-133).

²⁵⁹⁷ V. *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co* 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986) : « the emphasis of antitrust policy [has] shifted from the protection of competition as a process of rivalry to the protection of competition as a means of promoting economic efficiency » (spéc. 375). C'est aussi le constat d'Yves Lequette, François Terré, Philippe Simler pour lesquels « Le droit de la concurrence étant le serviteur de la loi du marché ne prend pas la défense du faible contre le fort dès lors qu'un effet négatif sur le marché n'est pas observé » (Droit civil. Les obligations, préc., p. 257) : on ne peut mieux dire ce déplacement de centre de gravité du droit vers la protection d'un ordre qui n'a plus du rapport avec la liberté des acteurs.

²⁵⁹⁸ V. part. Angela Wigger, *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*, PhD Thesis, Vrije Universiteit Amsterdam, 2007, spéc. pp. 200 suiv..

²⁵⁹⁹ P. Maddalon, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, tome 253, 2007, p. 39. Ici, l'auteur montre l'évolution de la notion de « produits similaires » à l'article 90 al.1 du traité, permettant de qualifier le caractère discriminatoire du système de taxation d'un État membre. Les premiers arrêts se fondent sur la classification retenue dans l'État membre concerné (CJCE, 4 avril 1968, *Fink-Frucht c/ Hauptzollamt München*, 27/67, Rec. p. 327, spéc. p. 342). Progressivement la Cour va recourir à la notion de marché pour permettre de définir cette catégorie, puisque, dans l'arrêt qui parachève pour Philippe Maddalon cette évolution la Cour précise que cette notion doit être construite à partir du point de vue des consommateurs.

²⁶⁰⁰ V. P. Maddalon, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, préc., p. 40.

²⁶⁰¹ La bibliographie sur ce sujet est abondante : J. Drexler, « Competition Law as Part of the European Constitution », in *Principles of European constitutional law*, A. von Bogdandy, J. Bast (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart, 2009 ; A. Pera, « Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law » (2008) 4 *European Competition Journal* 127 ; W. Kerber, U. Schwalbe, « Economic Principles of Competition Law » in F-J Säcker et al (eds), *Competition Law: European Community Practice & Procedure* (2007) Part 1 G.

tant en droit public qu'en droit privé, l'évolution est, au Royaume-Uni, cantonnée au droit de la concurrence et aux politiques publiques. Le droit commun (privé ou public) est peu influencé par le droit de la concurrence.

827. En droit français, l'évolution qui est venue consacrer la notion de marché en droit administratif est bien connue. Le principe de liberté n'est plus la seule limite de l'intervention publique, le marché est aussi devenu une limite. L'arrêt qui inaugure ce changement est l'arrêt de 1997, *Millions et Marais*, qui sera suivi par la décision *Société EDA et l'avis Société L et P Publicité SARL et Société Jean-Louis Bernard Consultants*. Le Conseil d'État soumet désormais l'ensemble de l'activité administrative au respect de l'intégrité du marché : « une fois admise dans son principe, juge la Haute juridiction, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissants sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »²⁶⁰². Pour Martine Lombard, il faut en effet interpréter l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*²⁶⁰³ comme posant le principe selon lequel « l'action des personnes publiques, lorsqu'elles exercent des activités économiques sur un marché, ne doit pas fausser le jeu de la concurrence »²⁶⁰⁴.

828. La référence au principe de libre concurrence ne doit pas faire illusion sur la nouveauté de la notion qui n'a pas, dans la jurisprudence classique du Conseil d'État, le même sens qu'aujourd'hui²⁶⁰⁵. Pierre Delvolvé estime ainsi que « la liberté de concurrence a elle-même

²⁶⁰² V. Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, « *Ordre des avocats au barreau de Paris* », n°275531.

²⁶⁰³ V. Conseil d'État, 8 nov. 2000, n° 222208 : *JurisData* n° 2000-061174 ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. Degoffe et J.D. Dreyfus ; *AJDA* 2000, p. 987, chron. Guyomar et Collin ; *JCP G* 2001, I, p. 357, note E. Delatour.

²⁶⁰⁴ V. « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : pavane pour une infante défunte », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 683, Février 2011, repère 2.

²⁶⁰⁵ L'étude des occurrences de la notion dans le *Lebon* montre qu'elle est utilisée majoritairement – mais pas exclusivement – dans le cadre des marchés publics, elle sert à contrôler le bon déroulement de la procédure (Conseil d'État, 9 janvier 1868, *Servat*, *Rec. Lebon* p. 13 où le Conseil écrit « la libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires » ; elle est évoquée par le commissaire du gouvernement Hérold dans un arrêt concernant la constitution d'un syndicat de bouchers mais le Conseil s'estimant incompétent le point n'est pas jugé au fond : 20 février 1868, *Bouchers de Paris*, *Recueil Lebon* p. 194 et les conclusions p. 197) ; Sect., 2 février 1934, *Association charbonnière Lille-Roubaix-Tourcoing*, *Recueil Lebon* p. 167 (le principe de libre concurrence dans les marchés est issu de l'ordonnance du 14 nov. 1837) ; 24 janv. 1919, *Société française des asphaltes*, *Rec. Lebon* p. 89 (« attendu que les clauses limitant la libre concurrence et non motivées par des conditions d'aptitude personnelle doivent être interprétées strictement ») ; 23 mai 1919, *Debar*, *Rec. Lebon* p. 463 ; *Dame veuve Treifous*, 24 juillet 1914, *Recueil Lebon* p. 940 ; *Leconge et Wilmann*, 10 novembre 1911, p. 1026 ; *Consorts Chabrat*, 10 novembre 1911, p. 1026 ; 10 mars 1937, *Société Robiou du Pont et U. Martin*, *Rec. Lebon* p. 294 ; *Société Fracoltra*, 4 juin 1937, *Recueil* p. 552. Néanmoins, dans quelques arrêts le Conseil d'État censure l'intervention de l'Administration dans le libre jeu de la concurrence : quand elle fait preuve de favoritisme en retirant certains permis de stationnement pour favoriser certaines entreprises (v. Conseil d'État, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Chateauroux*, *Recueil Lebon* p. 308 ; 8 janvier 1930, *Sieur Caputo*, *Recueil Lebon* p. 14, le commentaire au *Lebon* indique de manière très intéressante qu'il faut rapprocher cet arrêt de celui du 10 févr. 1928, p. 204, *Compagnie pyrénéenne* et ajoute « Le Conseil d'État se montre en cette matière le défenseur très strict du principe de la libre concurrence, et, par le présent arrêt, il ne donne pas seulement au maire la censure de l'annulation contentieuse, il proclame la responsabilité pécuniaire de la commune et la condamne à une importante indemnité. Cet arrêt est de nature à faire réfléchir les municipalités quand elles voudront se livrer au favoritisme »). Le principe de libre concurrence est invoqué aussi par certains commissaires du gouvernement contre les actes administratifs qui traduiraient du favoritisme en protégeant, de fait, un monopole (Conseil d'État, 25 février 1864, *Lesbats*, p. 209, concl. L'Hôpital : « C'est entraver la libre concurrence et subordonner le commerce général aux combinaisons commerciales du sieur Richard, confondues avec l'intérêt public »). Ce principe permet de contrôler aussi les dérogations à certains règlements concernant

été affirmée comme un prolongement de la liberté du commerce et de l'industrie »²⁶⁰⁶. C'est en effet le premier sens de la notion ; mais elle en a changé dans la dernière jurisprudence du Conseil d'État pour se référer au principe tel qu'il est consacré dans l'ordonnance de 1986²⁶⁰⁷ et qui a donc une toute autre portée que celle que consacraient les principes généraux du droit²⁶⁰⁸. Dans cette ordonnance le principe de libre concurrence implique la sauvegarde de l'intégrité du marché par la prohibition notamment des ententes et des abus de position dominante²⁶⁰⁹. La notion de marché telle qu'elle est consacrée par l'ordonnance de 1986 (et donc le droit de l'Union européenne) est construite à partir de l'économie²⁶¹⁰.

l'ensemble d'une profession, ces dérogations pouvant constituer une atteinte à la libre concurrence (v. Conseil d'État, 13 déc. 1929, Sect., Sociétés Félix Potin et Luce et Cie, Recueil Lebon p. 1118, pour lequel le comm. du gouvernement Josse affirme : « Le principe, a-t-il déclaré, est la fermeture simultanée des établissements de la profession et de la région. Toute dérogation est une atteinte à la libre concurrence. Seule l'interdiction absolue de toute vente le même jour, pendant toute la durée du repos, respecte les droits et les intérêts des représentants d'une même profession. (...) Il ne faut pas que le jeu de la loi de 1923 sous le couvert d'un accord décidé par la majorité, vienne fausser le jeu de la libre concurrence »). La notion est aussi invoquée à la suite du retrait d'un office d'huissiers dans une ville dont le titulaire avait été obligé à verser une indemnité répartie entre les huissiers en fonction dans la ville de Rodez à l'exclusion des autres huissiers près le même tribunal. Ce faisant le décret a violé la loi qui prévoit un principe de libre concurrence entre les huissiers d'un même arrondissement (Conseil d'État, 16 juill. 1915, Vigouroux, Puech et autres, Rec. Lebon p. 245). Il est parfois, dans la motivation du Conseil d'État, utilisé dans le cadre de l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie (v. 21 janv. 1921, Syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du territoire de Belfort dans lequel il est jugé que « attendu que cette institution, qui est un véritable service départemental a le même objet que les entreprises d'assurances contre l'incendie et que son caractère réel n'est pas modifié par la disposition accessoire prévoyant l'allocation de secours aux incendiés indigents; que cet objet est étranger à la mission légale du département et contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie; qu'en dehors de circonstances exceptionnelles où les initiatives privées ne sont pas en état de faire face normalement aux besoins de la population — ce n'est pas le cas en l'espèce — les personnes publiques n'ont pas le droit d'intervenir dans un domaine réservé à la libre concurrence individuelle »). D'autres arrêts, sans faire référence à la liberté du commerce et de l'industrie, utilisent la notion de libre concurrence et lui donne la même portée que celle-là : v. ainsi l'arrêt de Section du 17 mars 1939, Sieur Peux (Recueil Lebon p. 178) dans lequel le Conseil d'État déclare illégal l'acte qui étend aux familles de fonctionnaires coloniaux le bénéfice d'une clinique dentaire car celle-ci n'est pas justifiée par une carence de l'initiative privée, l'existence de cette initiative fait que l'acte « porte illégalement atteinte au principe de la libre concurrence ».

²⁶⁰⁶ V. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., p. 109, et p. 112. V. aussi D. Linotte, « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », *AJDA* 2005 p. 1549 ; D. Linotte, « Principes d'égalité, de liberté du commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, dir. J.-M. Rainaud, R. Cristini, Economica, 1987 ; D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *A.J.D.A.*, mai 1971, spéc. pp. 270 suiv..

²⁶⁰⁷ L'article L. 410-2 dispose que « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

²⁶⁰⁸ V. à cet égard l'analyse de S. Nicinski : « Au cours de l'année 2010, les juridictions administratives ont fait une application classique du principe de libre concurrence, tant du point de vue de sa place dans la hiérarchie des normes que du point de vue de l'appréciation de l'impact des décisions administratives sur le libre jeu de la concurrence », in *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation*, *AJDA* 2011 p. 649 (avec M. Lombard, E. Glaser). S. Nicinski montre bien que le principe général du droit avait une dimension verticale alors que le principe issu des pratiques anticoncurrentielles à une dimension horizontale. Elle montre aussi que, de part la spécificité de ce principe, les requérants échouent souvent à prouver en quoi le marché est perturbé par l'action administrative.

²⁶⁰⁹ L'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* est à cet égard très éclairant. Dans la majeure du raisonnement du Conseil d'État celui-ci affirme, faisant le lien entre liberté de concurrence et marché, « qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Mais, explicité dans la

829. Le droit administratif anglais n'est pas allé dans la même direction : vers un contrôle généralisé de légalité des actes administratifs à partir des principes du droit de la concurrence. Au Royaume-Uni, les activités de service public, susceptibles d'être qualifiées en droit de la concurrence d'activité économique sont néanmoins soumises à ce droit²⁶¹¹. Même si le droit jurisprudentiel anglais n'est pas allé aussi loin dans la soumission de l'activité publique au droit de la concurrence que le français, le droit de la concurrence n'en laisse pas moins de produire ses effets sur l'intervention de l'État sur le marché. Cette intervention doit respecter l'intégrité de celui-ci et, de surcroît, cette intervention n'est plus contrôlée à l'aune du principe de liberté. Néanmoins, d'autres juridictions de *common law* sont allées dans cette direction, de manière plus ou moins heureuse, essayant de démontrer que l'activité réglementaire d'une municipalité pouvait être considérée comme une activité économique au sens du droit de la concurrence²⁶¹².

830. Les jurisprudences américaine, française, anglaise et irlandaise mettent donc en évidence que le paradigme du droit change et que, contrairement à ce qui est souvent avancé, ce n'est pas le principe de liberté qui est au centre de ce nouveau droit. C'est la notion de marché qui devient la nouvelle limite de la liberté des individus comme de l'intervention de l'État. Pourtant, on pourrait objecter que cette notion de marché n'est pas nouvelle. Elle est déjà présente chez Adam Smith et les libéraux traditionnels tant du XVIII^e que du XIX^e siècle. Cette notion a toutefois changé de contenu. Marthe Torre-Schaub a bien montré dans sa thèse, comment le marché n'existe au XIX^e siècle en France qu'à partir du principe de liberté du commerce : « Le principe de liberté du commerce a accompagné la naissance du marché »²⁶¹³. Le marché est pour ces penseurs un ordre naturel. Il devient un ordre aujourd'hui construit²⁶¹⁴, même si certains théoriciens du néo-libéralisme comme Hayek semblent revenir, à travers la notion d'ordre spontané du marché, à une vision classique du libéralisme. En réalité, avec le néo-libéralisme, le marché devient un outil de politique économique, un nouveau mode d'intervention de la puissance publique.

conclusion du raisonnement, le principe de libre concurrence devient sous la plume du juge le droit de la concurrence. On retrouve le même raisonnement dans l'arrêt du Conseil d'État, Département de la Vendée du 30 juin 2004. L'arrêt de Section Société EDA vise, lui encore plus clairement « les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986 ».

²⁶¹⁰ V. la tentative de Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani pour définir juridiquement la notion de marché et finir par s'en remettre à la notion de marché pertinent en droit de la concurrence, Droit du marché, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 1^e éd., 2002, pp. 168 suiv..

²⁶¹¹ V. sur ce point R. Whish, Competition Law, préc., pp. 328-331 ; Office of fair trading, The Competition Act 1998 and public bodies, August 2004, Policy note 1/2004 ; Competition Commission Appeal Tribunal (CCAT), BetterCare Group Limited v Director General of Fair Trading (Case 1006/2/1/01).

²⁶¹² Il s'agit de décisions irlandaises. La dernière Panda Waste est contestée devant la Cour suprême irlandaise. V. P. Andrews, « Post-modern judgments of Ireland's Competition Court: from Appalachian Coal to Socony Vacuum (and back again) », European Competition Law Review, 2011, 32(1), 17-26 ; P. Andrews, P. K. Gorecki, « The Use by Irish Courts of EU Jurisprudence to Resolve Conflicts Between National Competition Law and Regulation: Panda Waste », European Competition Journal, December 2010, pp. 541 suiv..

²⁶¹³ V. M. Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 363, 2002, spéc. p. 72.

²⁶¹⁴ V. aussi M. Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 363, 2002, spéc. p. 113, n°182 (« L'hypothèse du marché comme ordre construit et artificiel contrairement à l'idée de l'ordre spontané et naturel d'échanges mérite d'être prise au sérieux ». Nous nous opposons toutefois à la thèse de l'auteur qui tente d'établir une continuité entre les deux pensées.

831. Si le Royaume-Uni n'a pas perfectionné son droit administratif au point d'intégrer le droit de la concurrence à la légalité administrative, en revanche, il a su théoriser la manière de faire du marché un outil de politique publique. Le théoricien le plus influent et chez lequel l'utilisation de mécanisme de marché pour contrôler les services publics est le plus visible est Julian Le Grand, auteur notamment d'un livre au titre éloquent, « L'autre main invisible, Fournir des Services Publics grâce au Choix et à la Concurrence »²⁶¹⁵. En 1991, cet auteur définit la notion de quasi-marché pour réunir sous ce terme un certain nombre de politiques publiques dont le but était de reconfigurer l'action publique afin d'imiter les mécanismes de marché afin de discipliner les services publics et leur permettre d'être plus efficaces. L'instauration d'un quasi-marché consiste en un changement du rôle de l'État qui cesse d'être à la fois celui qui finance et celui qui fournit le service. L'État se cantonne au rôle de financeur afin de pouvoir mettre en concurrence les différents fournisseurs²⁶¹⁶. Le financement, en devenant attaché à l'utilisateur, transfère à ce dernier la charge d'exercer une pression sur le service public pour que celui-ci soit plus efficace.

Conclusion du § 1

L'étude de la jurisprudence permet de mettre en évidence un changement de paradigme dans le contrôle de l'intervention publique par l'émergence de la catégorie de marché, construite à partir du droit de la concurrence. Cette irruption jurisprudentielle est évidente en France et aux États-Unis, elle ne l'est pas en revanche au Royaume-Uni. Ce pays a, en revanche, théorisé et mis en place de manière très systématique, le recours à des mécanismes de marché, par la création de situations de marché, pour contrôler les services publics.

L'élaboration de la notion de marché, de son nouveau rôle et de son nouveau fondement, permet de poser les bases de la fonction de régulation.

²⁶¹⁵ V. J. Le Grand, *The other invisible hand: delivering public services through choice and competition*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2007. V. aussi J. Dixon, J. Le Grand, P. Smith, *Can market forces be used for good?*, London, Kings Fund, 2003 ; « Quasi-Markets and Social Policy », *The Economic Journal*, Vol. 101, No. 408 (Sep., 1991), pp. 1256-1267. Sur la notion de choix dans la pensée de la troisième voie v. J. Tournadre-Plancq, *Au-delà de la gauche et de la droite, une troisième voie britannique ?*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses Science politique, tome 6, 2006, spéc. pp. 227 suiv..

²⁶¹⁶ V. cette définition de Julian Le Grand : « All these reforms had a fundamental similarity: the introduction of what might be termed 'quasi-markets' into the delivery of welfare services. In each case, the intention is for the state to stop being both the funder and the provider of services. Instead it is to become primarily a funder, purchasing services from a variety of private, voluntary and public providers, all operating in competition with one another. The method of funding is also to change. Resources are no longer to be allocated directly to providers through a bureaucratic machinery. In some cases the state continues to act as the principal purchaser, but resources are allocated through a bidding process. In other cases, an earmarked budget or 'voucher' is given directly to potential users, or to agents acting on their behalf, who can then allocate the budget as they choose between the competing providers » (« Quasi-Markets and Social Policy », préc., p. 1257).

§ 2 — Un nouvel ordre juridique qui fonde une nouvelle fonction administrative : La régulation comme institution d'un ordre de marché dans les relations concurrentielles

832. On voit donc émerger dans le droit et dans les politiques publiques, un paradigme du marché. Le nouveau rôle donné au marché, ce déplacement du centre de gravité du droit, explique les réformes des années 1980. On a l'expression très claire au Royaume-Uni, du nouveau rôle que l'on attribue au marché dans le contrôle, dans la « police » de l'opérateur dominant. Dans la droite lignée des théories ordolibérales et américaines du marché, on trouve, dans les travaux parlementaires de la loi sur les télécommunications de 1984 qui créera l'Office of telecommunications, des expressions très nettes de cette conception du marché, dont le rôle est d'assurer la discipline de l'opérateur historique²⁶¹⁷.

833. La difficulté est d'attribuer un champ, aussi précis que possible à cette définition. Elle tient au fait que cette nouvelle idéologie irrigue et bouleverse l'ensemble des champs du droit. Comme on l'a montré, même les fonctions traditionnelles de police et de service public se voient contraintes d'imiter les mécanismes du marché. La police des prix doit reproduire l'effet que produirait le marché. Le service public doit être attribué selon des mécanismes de marché et doit permettre de promouvoir le choix des usagers. Il en est par exemple ainsi du droit des marchés financiers où la rhétorique de l'efficacité du marché est partout présente. Ici encore, il s'agit de l'effet du néo-libéralisme sur la fonction de police dont le but est d'imiter un marché idéal. Dans ces conditions, la régulation pourrait être envisagée, comme une notion englobante. Mais alors elle perd en précision. Le fondement de l'intervention de l'État a changé certes, mais cela ne crée pas une nouvelle fonction juridique. Il faut, pour dégager une notion, être moins ambitieux.

La définition de la régulation doit s'attacher d'abord à définir la notion et spécifier sa structure (I), pour analyser le rôle dual de la fonction contentieuse des autorités de régulation dans la mise en œuvre de cette fonction (II).

I — La définition et la structure de la régulation

Ces développements amènent à conclure que la fonction de régulation doit s'entendre comme la fonction de la puissance publique dont l'objet est l'institution d'un ordre de marché. L'institution de ce marché, au nom de l'efficacité économique, obéit à la logique du droit de la concurrence. Il faudra en conséquence préciser les critères de la définition de la notion (A) avant d'en étudier les contours (B).

A — Les critères de définition

La définition de la régulation comme création d'un ordre de marché fondé sur la concurrence permet délimiter cette fonction.

834. La régulation ne s'intéresse qu'aux relations concurrentielles, aussi permet-elle d'exclure de son champ les fonctions administratives dont les destinataires seraient les

²⁶¹⁷ V. The Parliamentary Under-Secretary of State, Department of Health and Social Security (Lord Trefgarne), HL Deb 18 April 1983, vol. 441, §403-13, spéc. §403 ; Mr Patrick Jenkin, HC Deb 29 November 1982 vol 33, §31-113, spéc. §33.

consommateurs ou les investisseurs, comme en droit de la consommation ou en droit des marchés financiers. La tentation est souvent grande en doctrine de traiter ensemble le droit de la régulation et le droit de la consommation ou le droit des marchés financiers²⁶¹⁸. Or, par exemple, le droit des marchés financiers n'a pas pour but la concurrence, mais son encadrement²⁶¹⁹ puisque le marché l'organise de lui-même, il poursuit la « sécurité, la transparence, l'intégrité, l'égalité, et l'équité »²⁶²⁰ dans les relations entre concurrents, afin d'assurer la confiance dans les mécanismes de marché et d'attirer les investisseurs.

835. Pour qu'il y ait régulation, il faut donc un critère supplémentaire, il faut qu'une prérogative de droit privé – qu'elle vienne du droit des contrats ou du droit de propriété ou des deux – ou de droit public, empêche la concurrence et nécessite par conséquent une intervention. La régulation a pour objet de neutraliser les effets anticoncurrentiels du droit privé (ou du droit public), essentiellement du droit des contrats et du droit des biens et de limiter, autant que possible, ceux issus du droit public, notamment les obligations de service public qui caractérise les secteurs ou les prérogatives des autorités publiques.

La régulation a donc pour but de promouvoir ou de créer un marché concurrentiel, là où les principes classiques du droit privé (ou du droit public) l'empêcheraient.

B — La structure : fonction générale et sectorielle

836. Cette fonction est manifestement duale. Elle se décompose en fonction de régulation générale, dont l'autorité de la concurrence a pour charge dans chaque pays d'assurer le respect et fonction de régulation spéciale ou sectorielle que les autorités à l'étude ont pour mission de poursuivre. La transposition de ce raisonnement au Royaume-Uni pose un problème, mais qui n'est pas insurmontable²⁶²¹.

²⁶¹⁸ V. par ex. C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, Droit du marché, préc..

²⁶¹⁹ V. M. Tomasi, La concurrence sur les marchés financiers : aspects juridiques, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 375, 2002, pp. 15 suiv..

²⁶²⁰ V. Th. Bonneau, F. Drummond, Droit des marchés financiers, Economica, Coll. Corpus - Droit privé, 3e éd, 2010, n° 21 suiv..

²⁶²¹ La dichotomie police générale, police spéciale n'est en effet pas théorisée dans ce pays. Les Etats-Unis connaissent, eux, la notion de police (v. par ex. E. Freund, The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights, Chicago, Callaghan & Company, 1904). Toutefois l'analyse de la jurisprudence montre qu'elle peut se retrouver. La notion française d'ordre public, but de l'acte de police générale en droit français (v. J. Castagné, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 57, 1964, p. 28) se retrouve au Royaume-Uni sous l'appellation « *peace* ». Il a ainsi été jugé que « under the Royal prerogative the Secretary of State had authority to act at all times and not only in times of actual emergency to maintain the Queen's peace and to keep law and order unless any such action would be incompatible with statute » (Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Northumbria Police Authority [1988] 2 W.L.R. 590). Cette décision montre très clairement que l'exécutif dispose d'un pouvoir autonome de réglementation dans l'intérêt de la paix et de l'ordre. Ce pouvoir inclut d'après les juges « tout ce qui est nécessaire, dans les limites du raisonnable, pour préserver la paix du royaume ». Quant à l'existence d'une fonction équivalente au pouvoir de police spécial au Royaume-Uni, la recherche ne présente pas beaucoup d'intérêt étant donné l'acception très large de la notion de spécialité en droit français qui peut résulter d'un critère organique, formel ou de la finalité de la police en question (v. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n°924). La police spéciale résulte toujours en France d'un texte. La possibilité de disposer d'un pouvoir général pour maintenir l'ordre, pouvoir qui appartient en propre au Secrétaire d'État en Angleterre d'après la jurisprudence, n'exclut pas l'attribution de pouvoirs « spéciaux », poursuivant une finalité différente, ou attribuant le pouvoir à une autorité différente (la police par exemple par le Police Act de 1964). Toutefois, si

837. La fonction de régulation générale est dévolue à l'autorité de concurrence et aux juges de l'ordre judiciaire et en France, pour le contrôle des actes administratifs, au juge administratif. Il s'agit bien d'une fonction générale, mais que l'on différenciera de la fonction de police, en ce que cette dernière vise, comme l'affirme Étienne Picard, le maintien d'un ordre libéral²⁶²². La régulation vise, elle, un autre type d'ordre juridique fondé sur le paradigme d'un marché basé sur l'efficacité. La police est traditionnellement liée au marché comme l'ont montré Foucault et Bernard E. Harcourt à sa suite²⁶²³, mais cette police a en général pour but la formation du prix et la délimitation *a priori* d'un lieu, d'un cadre pour l'organisation des échanges²⁶²⁴. La police des marchés financiers est exemplaire à cet égard, même si le marché a été dématérialisé, il existe comme lieu et il est construit *a priori* par la puissance publique. Ce n'est pas ainsi que fonctionne le droit de la concurrence qui opère *a posteriori*, à partir de raisonnements économiques, extérieurs au droit et qui vise à contrôler la puissance d'un opérateur sur ce marché.

Il s'agit en outre d'une fonction générale. Pierre Delvolvé, dans son manuel Droit public de l'économie, s'il fait de cette fonction une fonction de police, ne conçoit pas moins cette fonction comme une fonction générale²⁶²⁵.

Mais de manière plus intéressante encore, Pierre Delvolvé établit une relation générale-spéciale entre la police générale de la concurrence et les polices sectorielles, dans lesquelles il inclut le régime établi par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications qui crée l'Autorité de régulation des télécommunications.

838. Quelle justification Pierre Delvolvé donne-t-il de cette conception ? Il énonce que « l'existence d'une police générale n'empêche pas des aménagements destinés à garantir la concurrence en certains domaines. Des préoccupations diverses peuvent jouer. Elles peuvent être d'ordre social [...]. Des considérations proprement économiques peuvent aussi prédominer, pour permettre les solutions les plus « performantes ». Les deux ordres de motifs peuvent s'entremêler, non sans poser de difficiles questions de conciliation entre eux : tantôt il s'agit d'empêcher, sinon la concurrence, du moins ses excès tantôt il s'agit de favoriser la concurrence, pour le bénéfice des consommateurs »²⁶²⁶. L'auteur ajoute, à l'occasion de l'étude du secteur des télécommunications, que « dans plusieurs secteurs d'activité, des

L'on peut retrouver un équivalent fonctionnel de la police générale on ne retrouve pas strictement un équivalent fonctionnel de la police spéciale, ce qui n'empêche pas la construction doctrinale de la catégorie et du rapport.

²⁶²² V. É. Picard, La notion de police administrative, préc., spéc. tome 2 ; P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », RFDA 1985, p. 1 ; C. Boyer-Capelle, Le service public et la garantie des droits et des libertés, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2009, pp. 179 suiv. : « Service public et libertés, un lien de garantie complexe mais indiscutable ».

²⁶²³ V. M. Foucault, Naissance de la biopolitique, préc., p. 33 ; B. E. Harcourt, « Neoliberal Penalty: The Birth Of Natural Order, The Illusion Of Free Markets », John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 433 (2d series), Public Law and Legal Theory Working Paper n° 238, passim..

²⁶²⁴ V. à cet égard les développements de T. Bonneau, F. Drummond, Droit des marchés financiers, 3^e éd., Economica, Coll. Corpus, Droit privé, 2010, spéc. p. 6. Après avoir examiné les définitions de la notion de marché comme lieu et comme ensemble de transactions, ces auteurs affirment : « L'intervention des autorités de tutelle ou de régulation est à l'origine du troisième sens de la notion de marché. Un marché ne pouvant pas *a priori* fonctionner sans règle écrite, (...) il revient au régulateur de préciser les contours du marché en délimitant le champ des intervenants (investisseurs) et en précisant les fonctions qui s'attachent à l'activité de marché ». L'utilisation des termes régulation et régulateurs est ici une facilité de langage.

²⁶²⁵ V. P. Delvolvé, Droit public de l'économie, préc., p. 529 suiv., n°444 suiv.. V. aussi la même dichotomie chez spéc. J. Riffault-Silk, « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », Revue internationale de droit économique, 2011/1, tome XXV, pages 5 à 41, p. 9.

²⁶²⁶ V. P. Delvolvé, Droit public de l'économie, préc., p. 555, n°459.

dispositions établissent un régime de contrôle qui contribue à assurer le respect de la concurrence »²⁶²⁷. Ces développements tendent à montrer qu'une relation de type général-spécial organise, pour Pierre Delvolvé, les rapports entre le droit de la concurrence et les différents droits sectoriels (dans lesquels il n'inclut pas les marchés financiers).

839. La régulation sectorielle se situe dans un rapport de spécialité par rapport à la régulation générale. C'est ce qu'affirme Yves Gaudemet, qui considère que les droits sectoriels sont une expression particulière du droit de la concurrence : « On peut avancer une notion stricte de la régulation, définie par son objet, sa fonction et le champ qu'elle recouvre, la régulation est l'action normative ou paranormative qui accompagne l'ouverture d'un marché antérieurement monopolisé, qui en assure l'ouverture à de nouveaux opérateurs, et l'installation progressive de la concurrence sur celui-ci. La régulation a ainsi un objet : l'ouverture du marché à la concurrence ; des destinataires : l'opérateur historique et les nouveaux entrants ; et un champ d'application bien déterminé, en cela qu'elle est une composante particulière et circonstanciée du droit de la concurrence »²⁶²⁸.

840. Par rapport à la régulation générale, la régulation sectorielle vise le même but, l'institution d'un ordre de marché dans un secteur particulier, là où ce marché ne peut exister pour des raisons essentiellement juridiques (la primauté du droit de propriété et de la liberté contractuelle)²⁶²⁹. Il s'agira donc pour l'autorité d'établir et de maintenir la concurrence sur le marché. C'est d'ailleurs le sens que donne la Commission à la régulation : « Il est essentiel que les obligations réglementaires *ex ante* ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »²⁶³⁰. Le marché et la puissance de l'entreprise sur celui-ci sont bien les motifs de l'intervention ainsi que les insuffisances du droit de la concurrence.

Quel rôle la fonction contentieuse des autorités de régulation joue-t-elle par rapport à cette mission de régulation ?

II — Le rôle dual de la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans la réalisation de la fonction de régulation

Quel rôle la fonction contentieuse des autorités sectorielles joue-t-elle par rapport à la notion de régulation ?

841. La fonction de régulation étant une fonction d'institution, elle ne peut se comprendre que dans le cadre de la théorie institutionnelle. Cette théorie, œuvre d'Hauriou, a fait couler

²⁶²⁷ V. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, préc., p. 561, n°463.

²⁶²⁸ V. Y. Gaudemet, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 1/2004, n°109, pp. 13-16, spéc. p. 14, n° de la revue sur La régulation. V. Y. Gaudemet, « Rapport de synthèse », in *La concurrence*, Société de législation comparée, Coll. Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, tome LVI, 2010, spéc. p. 15-16. V. aussi G. Dellis, « Régulation et droit public "continental" Essai d'une approche synthétique », *Revue du droit public et de la science politique*, 2010, n°4, pp. 957 suiv., spéc. p. 959 (« la régulation vise à l'organisation des autorités concernées dans un environnement concurrentiel »).

²⁶²⁹ V. M. Szydło, « Sector-Specific Regulation and Competition Law: Between Convergence and Divergence » (2009) 15 *European Public Law* pp. 257-275.

²⁶³⁰ V. Directive cadre, citée supra n° 2, consid. n° 27.

beaucoup d'encre et a été abondamment utilisée en doctrine²⁶³¹. Si la théorie de l'institution prend son assise dans le « groupe organisé, la collectivité d'individus »²⁶³², le collectif²⁶³³, c'est aussi une figure juridique. Le lien entre le groupe et son droit, comme l'explique Jacques Mourgeon, est l'idée d'œuvre. À cet égard, la régulation est bien aujourd'hui l'œuvre des sociétés occidentales, au sens où la création de mécanismes de marchés basés sur la concurrence est au centre de l'ensemble des politiques publiques. C'est la concurrence et non plus la liberté, comme pouvait l'écrire Étienne Picard, qui est l'œuvre aujourd'hui de l'institution primaire.

842. Le droit que produit l'institution est à la fois statutaire, en ce sens qu'il vise à l'organisation du groupe, et disciplinaire, en ce sens qu'il cherche rétablir et imposer l'organisation par la coercition lorsque l'organisation et donc l'œuvre sont menacées. La fonction contentieuse ne peut se comprendre, dans le cadre de cette mission, que comme fonction disciplinaire²⁶³⁴, visant à accomplir l'œuvre de l'institution lorsqu'un litige surgit.

La fonction disciplinaire que remplit la fonction contentieuse semble évidente. Mais elle se situe à un double niveau par rapport à la mission de régulation.

843. La fonction de règlement des différends joue un rôle central puisque c'est elle qui va permettre d'ordonner et de fixer les modalités de l'accès au marché²⁶³⁵, de fixer, au cas par cas, l'étendue des droits de chacun des opérateurs du marché lorsqu'un litige surgit. Le litige est précisément le moment où la mission de l'institution, matérialisée dans le droit statutaire, ne parvient pas à s'accomplir. Le règlement des différends permet ainsi de surmonter cette difficulté. La fonction de règlement des différends permet d'imposer au droit des contrats et au droit de propriété le respect des règles de concurrence loyale. Il permet de limiter le pouvoir privé que confère la possession d'un réseau ou d'un bien indispensable. Il permet d'orienter les contrats dans le sens de la concurrence.

844. La fonction coercitive permet, elle, de surmonter l'éventuelle opposition des membres de l'institution qui par leur comportement nuiraient à l'accomplissement de l'œuvre. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État estime que « le pouvoir de sanctionner est alors partie intégrante du pouvoir de régulation. Certes on peut imaginer que pour les infractions les plus graves, il y ait saisine du juge pénal. Mais il est nécessaire, pour que l'autorité régulatrice assure efficacement son rôle, qu'elle puisse elle-même sanctionner rapidement le non-respect

²⁶³¹ Sur la théorie de l'institution et son lien avec la fonction contentieuse de l'Administration : V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., pp. 22 suiv. ; É. Picard, *La notion de police administrative*, préc., tome II, pp. 490 suiv.. É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 30/31, 1995, pp. 381-412, spéc. pp. 392 suiv. et la bibliographie p. 410. V. dans l'œuvre de M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », in *Récueil de Législation de Toulouse*, 2e série, t. 11, 1906, pp. 134-182 ; V. aussi J. Chevallier, *L'analyse institutionnelle*, in *L'institution*, PUF 1981, pp. 3-61 ; É. Millard, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 182, 1995.

²⁶³² V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., p. 24.

²⁶³³ V. J.-A. Mazères, « Duguit et Hauriou », spéc. p. 126, in *Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, F. Melleray (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011

²⁶³⁴ Hauriou donne cette définition du droit disciplinaire : « Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose » (*Principes de droit public*, 2^e éd., spéc. p. 128)

²⁶³⁵ V. le second critère (la notion d'accès) de la fonction de règlement des différends.

des règles de fonctionnement du marché »²⁶³⁶. Jean-Philippe Feldman souligne d'ailleurs aussi ce point, le pouvoir de sanction serait le « complément indispensable » de la mission de régulation²⁶³⁷.

845. Mais, pourrait-on objecter, en quoi l'attribution de cette fonction à l'autorité sectorielle est-elle nécessaire ? Après tout, les systèmes juridiques anglais et français ont bien fonctionné en attribuant au juge judiciaire ou pénal la fonction disciplinaire de l'institution. C'est là que la spécificité de l'œuvre apparaît. Puisque la liberté n'est plus au centre de l'œuvre institutionnelle, mais l'efficacité économique, les principes traditionnels de l'État de droit libéral peuvent être écartés. On voit bien ici comment les réalités sociale et juridique s'entremêlent, donnant toute leur force à la théorie de l'institution, car cette théorie permet justement, en plus d'expliquer le rôle de la fonction contentieuse des autorités de régulation, de rendre compte de leur caractère principal, d'être une fonction assurée par l'Administration et non par le juge, au nom de l'efficacité, qui est désormais le maître mot de l'œuvre sociale.

Conclusion du § 2

La fonction de régulation se présente bien d'abord en rapport avec le marché, défini non par rapport à la liberté, mais à la notion d'efficacité économique. De surcroît, la fonction de régulation se présente dans un rapport d'institution et de préservation de cet ordre de marché.

Comment se situe la fonction contentieuse des autorités sectorielles par rapport à cette définition de la régulation ? La fonction contentieuse des autorités sectorielles entretient un rôle dual dans la mise en œuvre de la régulation : tandis que la fonction de règlement des différends est centrale pour l'institution du marché puisqu'elle en permet l'accès ; la fonction coercitive, elle, joue un rôle disciplinaire, pour assurer la crédibilité de ces autorités et le respect de leur action.

Conclusion de la Section 2, du Chapitre 2, et du Sous-Titre 2

La fonction de régulation, définie par rapport aux fonctions administratives traditionnelles que sont la police et le service public, manifeste un changement de paradigme. L'analyse de la jurisprudence anglaise et française sur le contrôle des fonctions de prestation et de prescription de l'Administration met en évidence un contrôle du juge par rapport à la notion de liberté, contrôle qui est cohérent avec le fondement libéral de l'ordre juridique anglais et français.

Le néo-libéralisme modifie cet ordre juridique. Né dans les années 1930 à partir d'une critique du libéralisme et surtout à partir de l'impératif d'un contrôle de la puissance privée, le néo-libéralisme fournit un nouveau rôle à l'intervention de l'État, qui n'est plus la liberté, mais l'institutionnalisation et la protection du marché. Ce nouveau rôle est doublé d'un nouveau fondement du marché, l'efficacité économique et non plus la liberté. L'ordolibéralisme allemand et le courant américain Law & Economics sont à la source de ce double déplacement.

²⁶³⁶ V. Conseil d'État, Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions, préc., p. 77.

²⁶³⁷ V. J.-P. Feldman, « Les “autorités administratives indépendantes” sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », Recueil Dalloz, 9 décembre 2010, n°43, spéc. p. 2856.

Le marché n'était pas traditionnellement une notion juridique. Présente en sciences politiques et économiques, cette notion n'était réellement reçue en droit que lorsque le marché pouvait se matérialiser dans un lieu. Il ne faisait pas autrement l'objet d'un traitement juridique. L'analyse économique a permis de constituer la notion de marché. La régulation se présente comme la mise en œuvre de cette « exigence de marché », pour reprendre l'expression de Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphanie Payet²⁶³⁸ et explique peut aussi le recul du principe de liberté du commerce et de l'industrie comme fondement du contrôle de l'État, au point que d'éminents auteurs s'interrogent sur l'utilité de se référer encore à ce principe dont la portée semble de plus en plus incertaine²⁶³⁹.

Conclusion du Titre 2

La fonction contentieuse des autorités de régulation peut être définie d'une part en fonction des différents actes qu'elle produit. À cet égard, la diversité règne. La fonction de règlement des différends se présente comme la décision administrative (en général d'injonction) qui vise à résoudre un différend relatif à l'accès. En regard, la fonction coercitive manifeste, elle, la détention par les autorités sectorielles de toute une gamme de pouvoirs de nature répressive, mais aussi corrective. L'identification précise de ces actes poursuit deux objectifs : les critères ont une importance d'une part dans l'application des garanties procédurales devant l'autorité sectorielle (garanties importantes pour la procédure répressive et plus légère dans le cas d'injonctions) et d'autre part la qualité de décision administrative comporte la possibilité d'un contrôle juridictionnel ultérieur. Ces actes présentent tous, en France et au Royaume-Uni, le caractère d'acte administratif. Cependant, leurs caractéristiques intrinsèques diffèrent en fonction de plusieurs paramètres : le caractère correctif, punitif, l'intention répressive ou préventive, la présence d'une urgence sont autant de paramètres qui influenceront non pas le contrôle, mais les garanties applicables devant l'autorité de régulation.

Conclusion de la Première Partie

La comparaison des droits a permis de mettre en évidence l'unité profonde de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Cette unité résulte d'abord des motifs qui ont présidé à l'élaboration de cette fonction et à sa consécration par les juges. Le chemin tracé a voulu mettre en évidence les changements profonds de l'ordre juridique de ces deux pays.

Au fond, cette fonction contentieuse ne peut s'expliquer que par rapport aux limites des droits existants. Le droit des obligations, ainsi que le droit des biens et le droit pénal avaient pour horizon la préservation de l'autonomie individuelle. C'est parce que l'ordre juridique ne poursuit plus désormais uniquement cet objectif que la fonction de règlement des différends et la fonction coercitive des autorités sectorielles ont pu se développer. La prégnance des théories issues de l'analyse économique du droit manifeste ce changement, encore peu visible en France, elles sont très influentes dans la doctrine anglaise. Le plébiscite de la sanction

²⁶³⁸ V. M.-A. Frison-Roche, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, préc., p. 41, n°38.

²⁶³⁹ V. M. Lombard, « Dans quelle mesure est-il encore utile de se référer à la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Revue juridique de l'économie publique* n° 690, Octobre 2011, repère 9 ; S. Bernard, « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Revue juridique de l'économie publique* n° 686, Mai 2011, comm. 24.

administrative pécuniaire est ainsi présent dans nombre d'études d'analyse économique du droit et sous la plume de juristes éminents.

La compréhension du phénomène s'est accompagnée de sa délimitation. La notion de règlement des différends et les différents actes constituant la fonction coercitive ont dû être précisés, car ils fourniront la base de la comparaison du régime spécifique de la fonction contentieuse des autorités de régulation.

UNIVERSITÉ PANTHEON-SORBONNE – PARIS I
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT FISCAL

**LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION
EN FRANCE ET AU ROYAUME-UNI**

TOME II

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2011

Par Thomas Perroud

Directeurs de thèse :

M. Gérard MARCOU, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

M. John MCELDOWNEY, Professeur à l'Université de Warwick

Membres du jury :

Mme Claudie BOITEAU

Professeur à l'Université Paris Dauphine

M. Gabriel ECKERT

Professeur à l'Université de Strasbourg

M. Mark FREEDLAND

Professeur à Saint John's College, Université d'Oxford

M. Gérard MARCOU

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

M. John MCELDOWNEY

Professeur à l'Université de Warwick

Mme Solange MOUTHAN

Associate Professor à l'Université de Warwick

M. Laurent RICHER

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne – Paris I

SECONDE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

L'identification d'une notion amène naturellement à étudier son régime. L'identification de la fonction contentieuse des autorités sectorielles a permis de mettre en évidence des sources largement communes, des inspirations similaires et, surtout, une conception proche de la fonction contentieuse de l'Administration. Cette fonction subit, dans les deux pays, une attraction vers le juridictionnel comme en témoigne la réforme récente des *tribunals* au Royaume-Uni²⁶⁴⁰ ou le phénomène de juridictionnalisation que connaissent les autorités administratives indépendantes françaises. Par conséquent, en première analyse, une convergence des régimes vers une juridictionnalisation pourrait être pressentie.

Ce pressentiment pourrait être, du reste, renforcé par l'émergence de sources communes aux droits administratifs de ces deux pays. Ces sources communes pourraient renforcer la tension vers l'émergence d'une communauté de régime juridique. C'est d'ailleurs ce qu'avance une partie de la doctrine privatiste française²⁶⁴¹, lorsque celle-ci évoque l'hypothèse d'une apparition d'un droit commun du procès équitable. Cette doctrine, autour de Serge Guinchard, inclut en effet les autorités administratives indépendantes dans leur analyse du droit processuel, lequel connaîtrait une évolution mondiale sous l'effet des traités internationaux de protection des droits de l'homme²⁶⁴². Cette argumentation est confortée par l'évolution française qui a vu les juges se servir du levier de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour imposer le respect de certaines exigences issues de cet article au stade de la procédure administrative. La conséquence de cette évolution, pour ces auteurs, serait que désormais la procédure, « comme l'ordre juridique général se trouve placée aujourd'hui sous l'emprise croissante des droits fondamentaux [...], à la garantie desquels, d'ailleurs, elle participe, à tel point que l'on peut désormais parler de droits fondamentaux du procès (les fameux « droits de procédure ») »²⁶⁴³. Aussi, assisterait-on à l'émergence d'un modèle universel du procès, auquel participerait désormais la procédure administrative suivie par les autorités administratives indépendantes, laquelle serait, elle aussi, en tant que droit processuel, influencée par « les sources communes d'inspiration de tous les contentieux », les « principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous

²⁶⁴⁰ V. Introduction et Partie 1.

²⁶⁴¹ V. S. Guinchard, et alii, *Droit processuel*, Dalloz, Coll. Précis, 5^e éd., 2009 ; S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, nouvelle série, p. 91 ; « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire », in *Clés pour le siècle*, Paris 2, Dalloz, 2000.

²⁶⁴² V. S. Guinchard, et alii, *Droit processuel*, préc., p. 4 suiv..

²⁶⁴³ V. S. Guinchard, et alii, *Droit processuel*, préc., p. 7, n° 6.

les procès »²⁶⁴⁴. Ce diagnostic est aussi partagé par une partie de la doctrine administrativiste européenne²⁶⁴⁵.

Cette hypothèse a certainement une pertinence concernant les droits processuels des juridictions civiles et pénales. Pour le droit administratif, elle pêche par simplisme. D'une part, le droit procédural de l'Administration est depuis longtemps, en France et au Royaume-Uni, inspiré de principes communs, par les principes généraux du droit — puisque ces deux pays partagent aussi un autre point commun : l'absence de code organisant l'ensemble de la procédure administrative²⁶⁴⁶. En 1944, le Conseil d'État affirme qu'« eu égard au caractère que présentait, dans les circonstances susmentionnées, le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Trompier-Gravier eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle »²⁶⁴⁷. De même, en 1963, la Chambre des Lords, dans l'arrêt *Ridge v Baldwin*, affirme que l'Administration doit observer les règles de *natural justice* et donner à la personne affectée par le projet de décision le droit de connaître les charges retenues contre elle, ainsi que l'opportunité d'être entendu²⁶⁴⁸. Le fond commun des principes du droit de la défense existe déjà dans les droits administratifs de chaque pays. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'a à cet égard aucun effet d'harmonisation. Au contraire, elle produit un effet de différenciation qui isole la France du Royaume-Uni et certainement de l'Europe, accusant encore la spécificité du droit administratif français, accréditant l'affirmant de Jürgen Schwarze selon laquelle « on peut attendre que le droit administratif ne perde ni ses particularités nationales ni son rôle prédominant en ce qui concerne la réglementation des procédures internes aux États membres »²⁶⁴⁹. De même, John Bell résume parfaitement la situation, « même s'il y a un accord sur les résultats politiques, il n'y aura pas d'uniformité d'application »²⁶⁵⁰.

²⁶⁴⁴ V. S. Guinchard, et alii, *Droit processuel*, préc., p. 3, n° 2.

²⁶⁴⁵ V. G. della Cananea, « Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law », *European Public Law*, 2003, vol. 9, n°4, pp. 563–578 : « Until quite recently, administrative law was seen as an enclave of the State. Things have changed, due to European integration. Both the Council of Europe and the European Convention on Human Rights have a growing influence on national administrative procedures and rules. The influence of the European Community is still greater, it limits national procedural autonomy ».

²⁶⁴⁶ V. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, P.U.F., Coll. Thémis, Droit, 2006, spéc. pp. 212-213.

²⁶⁴⁷ V. Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133 (D. 1945.110, concl. Chenot, note de Soto ; RD publ. 1944, p. 256, concl. Chenot, note Jèze).

²⁶⁴⁸ V. *Ridge v Baldwin and Others* [1963] 2 W.L.R. 935.

²⁶⁴⁹ V. J. Schwarze, « The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States », in *The europeanisation of law : the legal effects of European integration*, F. Snyder (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2000, spéc. chap. 9, spéc. p. 180 (« it can be expected that national administrative law will lose neither its national particularities nor its predominant role with regard to the regulation of internal processes in the EU Member States »).

²⁶⁵⁰ V. J. Bell, « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », spéc. p. 167 in *New directions in European public law*, J. Beatson, T. Tridimas. (ed.), Oxford, Hart Pub., 1998 : « Administrative law is traditionally more nationally specific than private law. (...) Institutions of government are very divergent. For example, forms of local government, structures of ministries and the organisation of the civil service are quite different between France, Italy, Sweden and the United Kingdom. How an individual is affected by government is different in consequence. As has been stated, procedures for judicial review are also very different. These differences set a framework within which any changes have to fit. Thus even if there is commonness of values and a willingness to change, the form in which change will take place is likely to vary from country to country. Even if there is agreement on the policy outcome, there will not be uniformity in application. Cross-fertilisation

En somme, l'exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation met face à face deux modèles : l'un, le français, très juridique et tendant vers le juridictionnel ; l'autre, l'anglais, moins juridique et tendant vers un autre modèle, celui que l'on pourrait appeler, à défaut d'autre terme, un modèle managérial — largement influencé par les théories de la « *better* » et maintenant de la « *smart regulation* » et du droit de l'Union européenne. Il peut sembler artificiel de tracer cette frontière. Elle s'est imposée à la lecture des textes (la loi, les circulaires produites par les autorités pour réglementer leur procédure), à l'observation de la pratique ainsi que, enfin, à la lecture de la doctrine. Malgré l'existence d'un fond commun jurisprudentiel assez semblable dans le droit administratif classique — qu'il faudra établir —, une divergence apparaît, dont il faut rendre compte (Titre I).

L'harmonisation pourrait davantage concerner le contrôle de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Il est à cet égard indéniable que le droit international (le droit de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) a eu des conséquences notables sur le contrôle, dans les deux pays et tant au niveau des contrôles juridictionnels que des contrôles extra-juridictionnels. Malgré ces effets d'unification, des différences nationales perdurent — différences qui sont en fait le reflet du choix initial de juridictionnaliser ou non la procédure devant l'autorité sectorielle —, si bien que les deux pays se sont engagés dans des voies différentes : le Royaume-Uni a largement délaissé la magistrature et la place du judicial review n'est plus que limitée et seconde, afin de mettre en place un modèle juridictionnel renouvelé ; tandis que la France a fait confiance à ses juges, tout en privilégiant le juge judiciaire, mais sans apporter ici de bouleversements. Là encore, des spécificités nationales rendent les différences encore plus saillantes, les arêtes du droit administratif plus accusées. Si le premier trait marquant de la matière est la multiplicité des contrôles de toute nature, le second est la divergence des choix nationaux (Titre 2).

*

Titre 1 — L'exercice de la fonction contentieuse devant les autorités de régulation

Titre 2 — Le contrôle de la fonction contentieuse des autorités de régulation

*

will involve careful selection and adaptation of ideas from other legal systems to develop indigenous concepts and rules which can fit into the domestic tradition. On the whole, administrative law, linked as it is to political processes, will remain stronger ground for cross-fertilisation than for transplants ». V. aussi

TITRE I L'EXERCICE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DEVANT LES AUTORITÉS DE RÉGULATION

La manière dont les autorités de régulation exercent leur fonction contentieuse met en évidence un paradoxe.

846. L'analyse de la jurisprudence administrative dans les deux pays pourrait laisser penser, malgré quelques différences, à une communauté, à une certaine harmonie des principes procéduraux et substantiels qui s'attachent à la fonction contentieuse de l'Administration dans les deux pays. Les principes que les juges anglais et français ont posés pour encadrer l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration sont en effet, dans une large mesure, communs. Contredisant l'idée, lancée en doctrine en France, mais aussi en Angleterre²⁶⁵¹, selon laquelle l'élaboration d'un droit commun serait devant nous, l'analyse des principes généraux du droit concernant l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration montre, au contraire, que le droit commun européen existait déjà dans une large part dans le travail patient de la jurisprudence qui, depuis l'après-guerre a posé les bases d'une action administrative légitime, respectant les libertés publiques (Sous-Titre 1). Cette étude se justifie d'autant plus qu'au Royaume-Uni, ce sont largement ces principes qui s'appliqueront car le législateur, comme nous le montrerons, a ménagé peu de garanties à l'exercice des pouvoirs des autorités sectorielles.

Cependant, la comparaison de la manière dont les autorités de régulation, dans les deux pays, exercent cette fonction met en évidence une divergence, une évolution vers deux modèles opposés : l'un plus juridictionnel — révélant par là même une caractéristique du droit administratif français — et l'autre plus managériale au sens où Jacques Chevallier emploie ce terme, c'est-à-dire, orientée vers « l'impératif d'efficacité »²⁶⁵² (Sous-Titre 2).

*

Sous-Titre 1 — La communauté de principes encadrant la fonction contentieuse de l'Administration

Sous-Titre 2 — L'évolution vers des modèles différents

²⁶⁵¹ V. en France l'idée déjà exposée de l'émergence d'un droit commun du procès équitable issue des « métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire » (V. S. Guinchard et alii, *Droit processuel préc.* ; « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000 ; S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n° 1, Dossier « Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans ») ; C. Harlow, R. Rawlings, « National Administrative Procedures in a European Perspective: Pathways To A Slow Convergence », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, spéc. p. 215 : « The authors foresee a gradual convergence of national procedural requirements, concluding that a gradual approach will prove more effective in the long run than codification at EU level or other attempts at formal procedural harmonisation ».

²⁶⁵² V. J. Chevallier, « La judiciarisation des préceptes managériaux », *Revue Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, décembre 1993, pp. 112-133.

*

SOUS-TITRE I — LA COMMUNAUTE DE PRINCIPES ENCADRANT LA FONCTION CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION

Cette communauté de principes résulte à la fois d'éléments internes et externes : les droits administratifs traditionnels anglais et français encadrent la fonction contentieuse de l'Administration de manière similaire ; les sources externes (le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) sont communes aux deux pays.

Le premier élément de rapprochement du droit de la fonction contentieuse des autorités de régulation réside dans les droits administratifs de ces deux pays. Malgré quelques différences, les jurisprudences anglaise et française ont dégagé des principes similaires encadrant l'action administrative répressive.

Le second élément qui pourrait concourir au rapprochement du régime de la fonction contentieuse des autorités de régulation est une communauté de sources : d'abord le droit de l'Union européenne et ensuite le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La fonction contentieuse des autorités sectorielles est aujourd'hui largement issue du droit de l'Union européenne, lequel produit des effets de rapprochement. De surcroît, l'engagement commun anglais et français au sein du Conseil de l'Europe, la transposition anglaise de la Convention en 1998, faisant de ce texte une source de droits opposables aux autorités publiques, pourrait plaider en faveur d'une unité de régimes juridiques.

Malgré cet ensemble d'effets centripètes, ce fond commun, on verra que la fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni évolue vers deux modèles distincts.

À l'étude des sources internes de rapprochements (Chapitre I), succédera celle des sources externes (Chapitre II).

*

Chapitre I — Les sources internes : les principes du droit administratif répressif anglais et français

Chapitre II — Les sources externes : les effets de rapprochements du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

*

CHAPITRE I — LES SOURCES INTERNES : LES PRINCIPES DU DROIT ADMINISTRATIF RÉPRESSIF ANGLAIS ET FRANÇAIS

847. La France et le Royaume-Uni ont en commun l'absence de codification de leur procédure administrative, comme le déplore en France Guy Isaac²⁶⁵³ et comme le remarque, au Royaume-Uni, Paul Craig²⁶⁵⁴. L'encadrement de l'action administrative est donc laissé aux juridictions, qui se sont attachées, au cas par cas, à fixer des règles plus ou moins générales que doivent respecter les administrateurs, et au législateur qui, en fonction des institutions qu'il était amené à créer, s'est évertué, ou pas, à mettre en place des procédures plus ou moins protectrices. L'histoire de la manière dont les droits administratifs français et anglais ont peu à peu accommodé l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration peut permettre de montrer, en reprenant l'expression de Jean Rivero, l'existence d'un « droit commun européen »²⁶⁵⁵ autour des principes généraux du droit²⁶⁵⁶.

C'est donc bien la confrontation de ces principes traditionnels avec l'action des autorités de régulation qui a poussé chaque pays dans une direction différente. Mais, pour manifester cette divergence, il faut au préalable montrer la communauté. Les juges de l'Administration ont eu à cœur, dans les deux pays, de soumettre l'Administration contentieuse à certains principes tant procéduraux que substantiels que l'on peut rapprocher.

Il peut sembler toutefois difficile de tracer avec précision les garanties que les juges se sont attachés à accorder au justiciable poursuivi par l'Administration. Comment, parmi l'ensemble des évolutions jurisprudentielles contemporaines, énoncer un cadre de principes immuables auxquels les juges de l'Administration se seraient de tout temps tenus, afin de manifester la spécificité du régime de la fonction contentieuse des autorités de régulation. Il y a des évolutions, mais aussi des cas et il semble a priori compliqué de sélectionner, dans le régime juridique actuel, ce qui tient de la tradition de ce qui tient de l'innovation ? C'est pourtant ce que l'on tentera de faire et pour cela, on s'en tiendra à l'étude de la jurisprudence de droit administratif que l'on pourrait qualifier de « classique », celle qui n'a pas subi les influences externes des droits européens et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou internes, de la régulation. Il ne peut être non plus question ici d'étudier le régime du règlement des différends, qui n'existait pas en droit administratif français.

*

Section 1 — Les garanties formelles minimales

²⁶⁵³ V. G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 79, 1968, spéc. Conclusion pp. 671.

²⁶⁵⁴ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., *passim*.

²⁶⁵⁵ V. J. Rivero, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, M. Cappelletti (dir.), Sijthoff, Leyden, Bruylant, Bruxelles, Klett-Cotta, Stuttgart, Le Monnier, Firenze, 1978, pp. 389-406, *reprod.* In *Pages de doctrines*, pp. 489 *suiv.*

²⁶⁵⁶ V. G. della Cananea, « Administrative Law in Europe: A Historical and Comparative Perspective », in A. von Bogdandy, S. Cassese, P. Huber, *Ius Publicum Europeum*, vol. III - *Administrative Law*, 2010, *reprod.* In *Italian Journal of Public Law*, 2009, vol. 2, spéc. p. 185 : « general legal principles have been providing the basis of a "droit commun européen" ».

Section 2 — Les garanties substantielles limitées

Section 1 — *Les garanties formelles minimales*

Les garanties formelles dont bénéficient les personnes poursuivies par l'Administration sont essentiellement de deux types. Elles concernent d'une part la défense des personnes poursuivies, dans ce cas, la jurisprudence leur confère un certain nombre de droits opposables à l'Administration. Elles concernent d'autre part l'autorité administrative, les qualités que celle-ci doit réunir pour pouvoir statuer.

Deux remarques s'imposent : d'abord, la jurisprudence a fait montre d'un grand pragmatisme, affirmant d'ailleurs dans les deux pays, la spécificité de la procédure administrative par rapport à la procédure juridictionnelle ; ensuite, ce pragmatisme a permis au juge d'établir une échelle de garanties en fonction du caractère répressif, correctif, ou d'urgence de la procédure.

On verra donc en premier lieu les garanties de la défense (§1) ; en deuxième lieu les obligations de l'organe répressif (§2).

*

§1 — Les garanties de la défense

§2 — Les obligations de l'organe disciplinaire

*

§ 1 — Les garanties de la défense

Les garanties ou, pour employer une expression plus commune, les droits de la défense sont, en droit administratif, de deux types : il s'agit d'une part du contradictoire (I) ; d'autre part, de la motivation de la décision (II).

*

I — Le respect du caractère contradictoire de la procédure

II — L'importance de la motivation de la décision

*

I — Le respect du caractère contradictoire de la procédure

Le contradictoire confère en droit administratif anglais et français deux garanties successives : le droit d'être informé des charges retenues contre le contrevenant (A) et le droit d'être entendu (B).

A — Le droit d'être informé

Le droit d'être informé est un principe cardinal de toute procédure contentieuse que les juges tant anglais (1) que français (2) se sont attachés à faire respecter.

1 — Le droit d'être informé en droit anglais

848. Le droit d'être informé est un droit que les juges anglais ont affirmé et font respecter de manière particulièrement sourcilleuse²⁶⁵⁷. Pour Lord Morris, « il est bien établi que les exigences essentielles de la justice naturelle comprennent le droit pour quelqu'un susceptible d'être condamné de se défendre et, pour cela, il doit avoir été mis au courant des charges, des allégations ou des suggestions qu'il devra affronter »²⁶⁵⁸. Lord Diplock développe le même impératif dans l'arrêt *O'Reilly v Mackman* : « l'exigence qu'une personne [...] ait le droit d'être informée des allégations formulées contre elle et de présenter ses observations est si fondamentale à tout système juridique civilisé qu'il faut présumer que le législateur a eu l'intention que l'inobservation d'un tel principe rende la décision nulle »²⁶⁵⁹. Les juges n'hésitent pas à parler en termes élevés de ce droit qui est, pour Lord Morris encore, « au fondement de notre système »²⁶⁶⁰.

849. Le contenu du droit d'être informé est variable, car il est d'essence téléologique : il permet de matérialiser la possibilité de se défendre, qui deviendrait complètement artificielle sans cela. Aussi ce droit doit-il être compris de manière à rendre possible — et pas simplement factice — l'opportunité de formuler des observations, de se présenter à l'audience si une audience doit avoir lieu et de préparer effectivement sa défense²⁶⁶¹. Le standard du

²⁶⁵⁷ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 395, n° 12-027 ; De Smith, Woolf and Jowell, *Judicial Review of Administration Action*, préc., pp. 431 suiv. ; B. Harris, *Disciplinary and Regulatory Proceedings*, 5^e éd., Jordans, spéc. p. 133.

²⁶⁵⁸ V. *Ridge v Baldwin* [1963] 2 W.L.R. 935. Traduction de : « It is well established that the essential requirements of natural justice at least include that before someone is condemned he is to have an opportunity of defending himself, and in order that he may do so that he is to be made aware of the charges or allegations or suggestions which he has to meet ». V. sur cette notion de justice naturelle : A. Lefas, « Essai de comparaison entre le concept de “natural justice” en droit administratif anglo-saxon et les “principes généraux du droit” ainsi que les “règles générales de procédure” en droit administratif français », *Revue internationale de droit compare*, Vol. 30, n°3, Juillet-septembre, pp. 745-775.

²⁶⁵⁹ V. *O'Reilly v Mackman* [1982] 3 W.L.R. 1096. Traduction libre de : « But the requirement that a person who is charged with having done something which, if proved to the satisfaction of a statutory tribunal, has consequences that will, or may, affect him adversely, should be given a fair opportunity of hearing what is alleged against him and of presenting his own case, is so fundamental to any civilised legal system that it is to be presumed that Parliament intended that a failure to observe it should render null and void any decision reached in breach of this requirement ».

²⁶⁶⁰ V. *Ridge v Baldwin* [1963] 2 W.L.R. 935. Lord Morris in « My Lords, here is something which is basic to our system: the importance of upholding it far transcends the significance of any particular case ».

²⁶⁶¹ V. *Hoggard v Worsbrough Urban DC* [1962] 2 Q.B. 93.

caractère raisonnable de l'action administrative est ici particulièrement utilisé par les juges : l'information doit être communiquée dans un délai raisonnable, permettant ainsi à la personne de préparer sa défense²⁶⁶², les détails des charges doivent aussi être adaptés à cette fin²⁶⁶³ : donner à la personne incriminée l'opportunité réelle de se défendre. Pour reprendre les termes de Buckley LJ, « comme le but du droit d'être entendu est de permettre au prévenu de se défendre [...], il suit de cela que l'information doit être suffisante pour lui permettre de préparer sa défense »²⁶⁶⁴. Quatre éléments ont été particulièrement mis en avant par Sedley : la consultation doit avoir lieu au moment où la procédure est à un stade précoce, les griefs doivent être communiqués de manière suffisante, un délai convenable doit être accordé et enfin les observations doivent être prises en compte par l'autorité en charge de la décision²⁶⁶⁵.

850. Cette notion est donc particulièrement plastique, les juges tentent de concilier au cas par cas, les droits du justiciable et l'efficacité, la flexibilité disent Wade et Forsyth²⁶⁶⁶, de la procédure. Le contenu du droit est tiraillé entre le besoin de ne pas rendre le droit factice, l'importance de respecter une procédure qui doit aboutir à une solution juste et le pragmatisme voulu par le législateur.

Comment le droit français aménage-t-il ce droit, sous le contrôle du juge ?

2 — *Le droit d'être informé en droit français*

851. Le droit d'être informé, de connaître les éléments de l'accusation est reconnu en droit administratif français même sans texte²⁶⁶⁷. Mais, une fois cette règle posée, le juge est sensible à ne pas enfermer l'Administration dans une procédure par trop formaliste, qui l'astreindrait ainsi à une « minutie gênante », pour reprendre les termes de Jacques Mourgeon²⁶⁶⁸. L'information doit donc permettre à l'intéressé de connaître les griefs formulés contre lui et le mettre en position de présenter sa défense : aussi doit-elle intervenir dans un délai raisonnable²⁶⁶⁹, et comprend-elle une communication des griefs et de l'intégralité des pièces du dossier²⁶⁷⁰.

Le droit d'être informé est donc une garantie fondamentale reconnue à l'administré et dont le champ d'application est large et le contenu variable en fonction de la nécessité de reconnaître

²⁶⁶² V. Lee v Department of Education and Science (1967) 111 S.J. 756.

²⁶⁶³ V. Ex p. Daisy Hopkins (1891) 61 L.J.Q.B. 240 ; McDonald v Lanarkshire Fire Brigade Joint Committee 1959 S.C. 141.

²⁶⁶⁴ V. Stevenson v United Road Transport Union [1977] 2 All E.R. 941.

²⁶⁶⁵ V. R v Brent London Borough Council, ex p Gunning (1985) 84 LGR 168 (les principes de Sedley sont ici approuvés par le juge Hodgson) ; R v Sutton Borough Council ex p Hamlet (unrep.) ; R v London Borough of Barnet ex p B [1994] ELR 357, 372 G.

²⁶⁶⁶ V. H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, Administrative Law, préc. p. 420.

²⁶⁶⁷ V. Conseil d'État, Ass., 7 mars 1958, Époux Speter, Recueil Lebon p. 152 : A.J.D.A., 1958.II. 178, concl. Long ; 29 juillet 1943, Solus, Recueil Lebon p. 211 ; 2 juin 1950, Hans, Recueil Lebon p. 336.

²⁶⁶⁸ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 471.

²⁶⁶⁹ V. sur ce point Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 55-9 : l'« information, (...), doit intervenir dans un délai raisonnable avant l'édition de la sanction ou de la mesure le concernant, c'est-à-dire ni trop tôt (Conseil d'État, Sect., 8 nov. 1963, ministre de l'Agriculture c. Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne, Recueil Lebon p. 532 : D. 1964.492, note Maestre ; AJ 1964.28 chr. Fourré et Puybasset ; G.A.J.A. n° 55-3), ni trop tard (Conseil d'État, Sect., 20 janvier 1956, Nègre, Recueil Lebon p. 24 : D. 1957.319. concl. Guionin ; G.A.J.A. n° 55-2) ».

²⁶⁷⁰ V. R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, préc., n° 1312, p. 1120. V. aussi R. Hostiou, Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, préc., pp. 103 suiv..

une certaine latitude à l'Administration tout en lui permettant de statuer en toute connaissance de cause et tout en sauvegardant les droits des intéressés. Ce droit est prolongé par un autre, auquel il est intimement lié, le droit d'être entendu.

B — Le droit d'être entendu

Le droit d'être entendu est un principe cardinal de procédure, désigné le plus souvent sous son appellation latine *audi alteram partem*. Il est essentiel dans la procédure juridictionnelle et les juges, et parfois les textes, sont intervenus pour en étendre l'empire à la procédure administrative aussi bien en droit anglais (1) que français (2). Il faudra aussi, à ce stade, analyser, dans chaque système juridique, le droit des tiers d'être consulté, car un trait saillant de la procédure contentieuse devant les autorités de régulation est la participation des tiers à l'élaboration de la décision.

1 — Le droit d'être entendu en droit anglais

852. Le droit anglais aménage ce droit de manière souple. D'abord ce droit ne doit pas être interprété comme conférant un droit à une audience. Il signifie au minimum que l'intéressé puisse présenter ses observations de manière écrite. Lorsque le législateur impose un devoir de consultation, les juges l'ont interprété de manière constante comme impliquant seulement la possibilité de présenter des observations écrites. Seul l'emploi par la loi des termes « audience » (« *hearings* ») ou opportunité d'être entendu (« *opportunity to be heard* ») confère un droit à une audience²⁶⁷¹. Dans le silence des textes, les juges n'imposeront une audience que dans le cas où l'équité la requiert²⁶⁷².

853. Le contenu de ce droit est aussi éminemment téléologique. Lord Woolf résume ainsi cette exigence : « Pour être appropriée, la consultation doit être entreprise lorsque les allégations sont encore à un stade précoce, elle doit inclure l'exposé des motifs soutenant ces allégations afin de permettre aux intéressés de considérer et répondre à celles-ci intelligemment. Un délai adapté doit aussi être accordé dans ce même but. Enfin, les observations de l'intéressé doivent être consciencieusement prises en compte au moment de

²⁶⁷¹ V. S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, London, Sweet & Maxwell, 2007, 6^e éd., pp. 385-386, n° 7-053 et surtout p. 396, n° 7-062. Paul Craig est plus mesuré, il affirme « While hearings will normally be oral, there is no fixed rule that this must be so. An oral hearing will however be required where this is necessary for the applicant to be able to present his case effectively to the tribunal or body making the decision, more especially when a liberty interest is at stake » (*Administrative Law*, préc., p. 398, n°12-030).

²⁶⁷² V. « One is entitled to an oral hearing where fairness requires that there should be such a hearing, but fairness does not require that there should be an oral hearing in every case » (R. (on the application of Ewing) v Department for Constitutional Affairs [2007] A.C.D. 20 ; R. (on the application of West) v Parole Board [2005] UKHL 1. Certains arrêts affirment néanmoins le caractère fondamental de l'oralité dans le système de *common law*, mais pour la procédure juridictionnelle : Sengupta v Holmes [2002] EWCA Civ 1104 (« He would know of the central place accorded to oral argument in our common law adversarial system. This I think is important, because oral argument is perhaps the most powerful force there is, in our legal process, to promote a change of mind by a judge », spéc. §38). V. S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, préc., p. 396, note 294.

l'adoption de la décision finale »²⁶⁷³. Le droit d'être entendu et de formuler des observations implique donc le respect de certains délais.

Lorsqu'un droit à une audience est reconnu, l'intéressé doit pouvoir présenter ses arguments. En général ce droit implique aussi le caractère public de l'audience²⁶⁷⁴, le droit à l'assistance d'un avocat ou d'une personne de son choix²⁶⁷⁵, à soumettre un témoin à un contre interrogatoire si l'équité l'exige²⁶⁷⁶.

Dans cette matière aussi les juges sont guidés, non seulement par la volonté du législateur, mais aussi par un grand pragmatisme. Le droit d'être entendu serait superflu, inutile, s'il n'impliquait nécessairement avec lui un certain nombre d'autres droits de nature à le rendre effectif, mais les juges sont aussi attentifs à ne pas copier les procédures juridictionnelles²⁶⁷⁷. Le droit français est en harmonie, sur ce point, avec la jurisprudence anglaise.

2 — *Le droit d'être entendu en droit français*²⁶⁷⁸

854. La jurisprudence administrative française a clairement énoncé que l'autorité administrative « ne peut prendre une décision ayant, notamment, le caractère d'une sanction, sans avoir mis l'intéressé en mesure de faire valoir ses moyens de défense, « dans le cadre

²⁶⁷³ V. *Regina v North and East Devon Health Authority* [2001] Q.B. 213. Traduction de : « To be proper, consultation must be undertaken at a time when proposals are still at a formative stage; it must include sufficient reasons for particular proposals to allow those consulted to give intelligent consideration and an intelligent response; adequate time must be given for this purpose; and the product of consultation must be conscientiously taken into account when the ultimate decision is taken ». V. aussi M. Fordham, *Judicial Review Handbook*, préc., n° 60.5.1. V. aussi *Levy v Solicitors Regulation Authority* [2011] EWHC 740 (Admin).

²⁶⁷⁴ V. S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, préc., p. 398, n° 7-064. V. *Storer v British Gas Plc* [2000] 1 W.L.R. 1237.

²⁶⁷⁵ V. S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, préc., p. 404, n° 7-075.

²⁶⁷⁶ V. S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, préc., p. 408, n° 7-083. Le refus d'un contre-interrogatoire a pu être considéré comme une iniquité : V. *Re Fremington School* (1846) 10 Jur. (O.S.) 512 ; *Osgood v Nelson* (1872) L.R. 5 HL 636 ; *Marriott v Minister of Health* (1936) 154 L.T. 47.

²⁶⁷⁷ V. les ex. cités par M. Fordham, *Judicial Review Handbook*, préc., n° 60.5.5. *Board of Education v Rice* [1911] AC 179, 182 ; *Local Government Board v Arlidge* [1915] AC 120, 134 ; *Bushell v Secretary of State for the Environment* [1981] AC 75, 95B-D ; *Ceylon University v Fernando* [1960] 1 WLR 223 ; *R v Secretary of State for the Home Department ex p Venables* [1998] AC 407, 503C-D.

²⁶⁷⁸ V. Notam. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc. ; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse* préc. ; P. Idoux, *La contradiction en droit administratif français*, Fac. de droit de Montpellier, Thèses, 2006 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., n° 55, pp. 342 suiv. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, préc., pp. 1118 suiv., n° 1312 ; J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Précis, 23^e éd., 2010, p. 410 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, p. 485 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, préc., n° 433 ; G. Morange, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », D. 1956, chron., p. 121 ; R. Odent, « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953, n° 7, p. 55 ; « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », E.D.C.E. 1962, n° 18, p. 43 ; J. Puisoye, « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration », A.J. 1962, p. 79 ; M. Waline, « Le principe "audi alteram partem" », Livre jubilaire du Conseil d'État luxembourgeois, 1958, p.495 ; J.-L. Autin, « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative », E.D.C.E. 1991, n° 52, p. 389 ; S. Caudal, « La procédure contradictoire en dehors du contentieux » RFDA 2001, p. 13 ; O. Schrameck, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », Mélanges Braibant, 1996, p. 629 ; H. Zeghibib, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », R.D.P. 1998, p. 467. V. pour une étude de la contradiction devant le juge administratif : O. Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 151, 1988.

d'une procédure contradictoire »²⁶⁷⁹. Elle déduit du droit d'être entendu quatre exigences : bénéficier d'un délai suffisant pour répondre, de la possibilité de présenter ses observations de « la façon la plus appropriée », lui permettant de « s'expliquer effectivement », ainsi que la possibilité d'être assisté d'un conseil qui peut être un avocat²⁶⁸⁰.

Concernant les injonctions, Guy Isaac observait déjà que le Conseil d'État soumettait certaines mesures de police au respect du contradictoire²⁶⁸¹. Aujourd'hui, avec Alix Perrin²⁶⁸², il est possible de conclure que les injonctions sont soumises au contradictoire en vertu du respect du principe général des droits de la défense ou de la combinaison de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983²⁶⁸³ et de la loi du 12 avril 2000²⁶⁸⁴.

²⁶⁷⁹ V. R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, préc., p. 1118, n° 1312. L'auteur cite l'arrêt Conseil d'État, 16 avril 1975, Association La Comédie de Bourges, Recueil Lebon p. 231.

²⁶⁸⁰ V. *Contra* J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., pp. 474-475, n° 335 ; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, préc., pp. 410-411. Mais, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (n°55-9) ne sont pas de cet avis : « en vertu des textes relatifs à la profession d'avocat, l'intéressé a, en matière disciplinaire, droit à l'assistance d'un avocat sauf lorsque celle-ci est incompatible avec le fonctionnement de l'organisme en cause ou est exclue par les dispositions statutaires régissant les personnes intéressées (Conseil d'État, Sect., 4 mai 1962, Lacombe, Recueil Lebon p. 300 : AJ 1962.289, chr. Galabert et Gentot ; Sect., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Latour, Recueil Lebon p. 532 : AJ 1964.28, chr. Fourré et Mme Puybasset) ». De même, René Chapus cite des arrêts dans ce sens (*Droit administratif général*, tome 1, préc., p. 1120). Certains arrêts qu'ils citent se situent dans l'hypothèse où un texte prescrit que l'autorité administrative doit avertir l'intéressé de « "la possibilité de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix" (...) formalité [qui] présente, pour le Conseil d'État, un caractère obligatoire » (Conseil d'État, Sect., 17 juin 1988, M. Bernard Labrosse, n° 81.815). Le Conseil d'État juge aussi que la méconnaissance par l'autorité administrative de l'obligation d'avertir la personne poursuivie de la possibilité de se faire assister d'un conseil « présente le caractère d'un vice substantiel » (Conseil d'État, 21 juin 1996, Commune de Buchères c. M. Collery, n° 140775). De manière plus claire encore le Conseil d'État a jugé en 1996 que « dans le cas où la procédure d'instruction d'une demande adressée à l'autorité administrative comporte le droit pour l'intéressé d'être entendu pour présenter ses observations à l'appui de cette demande, il résulte des dispositions précitées [texte relatif à la profession d'avocat] que l'intéressé peut bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de son audition, à moins que cette assistance ne soit exclue par les textes régissant cette procédure ou incompatible avec le fonctionnement de l'organisme en cause ». M. Degoffe va aussi dans ce sens (*Droit de la sanction non pénale*, préc., n° 435), ainsi que R. Hostiou (*Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, préc., p. 108).

²⁶⁸¹ V. G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, préc., pp. 392-393.

²⁶⁸² V. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., p. 695.

²⁶⁸³ V. Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'administration et les usagers (J.O.R.F., 3 décembre 1983, p. 3492), article 8 : « les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 susvisée ne peuvent légalement intervenir qu'après que l'intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites ». V. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., 13 juillet 1979, p. 1822) mentionne comme décisions devant être motivées les « décisions administratives individuelles défavorables » (et particulièrement les décisions qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; infligent une sanction ; subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir).

²⁶⁸⁴ V. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O.R.F., 13 avril 2000, p. 5646), article 24 : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1er et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue

Dans les deux systèmes juridiques, les juges interprètent le contenu de ce droit de façon souple, en fonction des caractères de la mesure, mais aussi en fonction des circonstances (dans les deux pays, les juges ont ainsi reconnu que l'urgence pouvait justifier le relâchement des contraintes procédurales pesant sur l'Administration²⁶⁸⁵).

Les principes du contradictoire sont donc largement communs à la France et au Royaume-Uni. Les juges ont tenté, dans chaque pays, de soumettre l'Administration à une procédure contradictoire qui ne soit pas une simple formalité, mais qui permette à l'intéressé de se défendre efficacement, tout en tentant de préserver l'efficacité de l'action administrative. Comme le montre Pacale Idoux, la contradiction possède « un statut conditionné par l'exigence d'efficacité »²⁶⁸⁶.

Les principes de la contradiction et des droits de la défense sont ainsi les premiers principes formels auxquels les autorités administratives sont astreintes. Elles sont en outre contraintes, mais peut-être dans une mesure différente, à motiver leurs décisions.

II — L'importance de la motivation de la décision

Le problème de la motivation de la décision administrative se présentait dans des termes semblables au niveau jurisprudentiel en France et au Royaume-Uni (A). C'est l'intervention en France du législateur qui a changé grandement la donne (B).

*A — Le droit de la motivation de la décision administrative en droit anglais*²⁶⁸⁷

855. La doctrine anglaise souligne les multiples intérêts que présente la motivation des décisions administratives — les mêmes arguments se retrouvent d'ailleurs sous la plume des auteurs français —, celle-ci améliorerait le contrôle futur de la décision par le juge, elle serait aussi un facteur de perfectionnement de la qualité de la décision, enfin, elle est une garantie importante pour les administrés. Face à ces arguments de poids, le juge serait, lui, sensible de ne pas alourdir la procédure administrative²⁶⁸⁸.

de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique ».

²⁶⁸⁵ V. en droit anglais : S. de Smith, H. K. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, préc., p. 453, n°8-019 ; en droit français : J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., p. 478, n° 337.

²⁶⁸⁶ V. P. Idoux, *La contradiction en droit administratif français*, préc., p. 695 suiv..

²⁶⁸⁷ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 401, n°12-033 ; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., spéc. p. 436 ; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, p. 630 ; *De Smith Judicial review*, préc., n° 7-97 suiv. ; M. Akehurst, « Statements of Reasons for Judicial and Administrative Decisions » (1970) 33 *Modern Law Review* 154 ; G. Flick, « Administrative Adjudications and the Duty to Give Reasons-A Search for Criteria » [1978] *Public Law* 16 ; D. Galligan, « Judicial Review and the Textbook Writers » (1982) 2 *O.J.L.S.* 257 ; G. Richardson, « The Duty to Give Reasons: Potential and Practice » [1986] *Public Law* 437 ; P. Craig, « The Common Law. Reasons and Administrative Justice » [1994] *C.L.J.* 282 ; Sir Patrick Neil, « The Duty to Give Reasons: The Openness of Decision-Making », in C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Golden Metwand and the Crooked Cord* (Oxford University Press, 1998), pp. 161-184 ; M. Elliott, « Has the common law duty to give reasons come of age yet? », *Public Law*, 2011, pp. 56 suiv..

²⁶⁸⁸ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 401, n°12-033.

856. En jurisprudence, il n'existe pas de principe général de motivation des décisions administratives²⁶⁸⁹. Plusieurs biais, explique Paul Craig, ont été utilisés par les juges pour imposer une obligation de motivation limitée à certaines hypothèses. Le premier est très casuistique : les juges ont d'abord imposé une obligation de motivation dans les cas où son absence était de nature à contrecarrer le droit au recours contre la décision²⁶⁹⁰ — ce qui pour Paul Craig pourrait établir un fondement général pour la motivation des décisions administratives. Ensuite, les juges ont pu, dans certains cas, conclure au caractère arbitraire des décisions non motivées²⁶⁹¹. Enfin, une dernière solution utilisée par les juges et qui peut susciter un devoir de motivation est d'examiner les faits ayant justifié la décision et d'établir si ces faits pouvaient justifier la décision examinée²⁶⁹².

857. La seconde voie fonde le devoir de motivation sur deux principes juridiques : le principe de confiance légitime (lorsqu'une Administration a suscité une telle confiance, tout changement doit être motivé) et celui d'équité procédurale. Ce dernier fondement est d'un intérêt supérieur, car il permet d'établir un lien entre la matière disciplinaire, les affaires dans lesquelles la décision administrative en question affecte de manière négative la situation des intéressés, et le devoir de motivation²⁶⁹³. Ce lien est affirmé de manière très nette par Lord Chief Justice Bingham dans une décision Murray²⁶⁹⁴. Le plus haut et le plus important juge de l'époque — l'affaire est jugée en 1997 —, après avoir pesé les avantages et les inconvénients de la motivation et posé qu'il n'existait toujours pas, en *common law*, de devoir général de motivation, concéda néanmoins que « lorsque la loi confère à une instance le pouvoir d'arrêter une décision qui aura des répercussions sur certains individus, la Cour demande non seulement que cette instance suive la procédure prévue par la loi, mais, au surplus, exigerait

²⁶⁸⁹ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 402 ; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 630. Les arrêts cités affirmant cette règle sont multiples : *Minister of National Revenue v Wrights Canadian Ropes* [1947] A.C. 109 ; M. Fordham cite les décisions suivantes (n°62.1.1) : *Stefan v General Medical Council* [1999] 1 WLR 1293, 1300G (« the established position of the common law [is] that there is no general duty, universally imposed on all decision-makers ») ; *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Doody* [1994] 1 AC 531, 564E-F ; *Rey v Government of Switzerland* [1999] 1 AC 54, 66B-C (Lord Steyn) ; *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council, ex p Grillo* (1996) 28 HLR 94, 105.

²⁶⁹⁰ V. *Minister of National Revenue v Wrights Canadian Ropes* [1947] A.C. 109 (ici l'absence de motivation ne doit pas rendre le contrôle impossible : « There is nothing in the language of the Income War Tax Act or in the general law to compel the Minister to state his reason for taking action under s. 6, sub-s. 2 - and he gave no reason for his decision in this case-but that does not necessarily mean that by keeping silence he can defeat the taxpayer's appeal ») ; V. aussi *Norton Tool Co Ltd v Tewson* [1973] 1 W.L.R. 45 ; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd v Crabtree* [1974] I.C.R. 120.

²⁶⁹¹ V. *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997. Mais la portée de cette exception a ensuite été réduite par la décision *Lonrho* (*R. v Secretary of State for Trade and Industry Ex p. Lonrho Plc* [1989] 1 W.L.R. 525 : « The only significance of the absence of reasons is that if all other known facts and circumstances appear to point overwhelmingly in favour of a different decision, the decision-maker, who has given no reasons, cannot complain if the court draws the inference that he had no rational reason for his decision » (post, pp. 539H-540A)).

²⁶⁹² V. *Secretary of State for Education and Science v Tameside MBC* [1977] A.C. 1014.

²⁶⁹³ V. *R. v Civil Service Appeal Board Ex p. Cunningham* [1991] 4 All E.R. (« fairness and natural justice therefore required that such a tribunal should give reasons for its decisions sufficient to enable the parties to know the issues to which it had addressed its mind, the means by which it had arrived at its decision and that it had acted lawfully; that in the absence of such reasons the board's award was so low as to be prima facie irrational; and that, accordingly, the judge had been right to grant the declaration ») ; *R. v Parole Board Ex p. Wilson* [1992] Q.B. 740 ; *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Doody* [1994] 1 A.C. 531.

²⁶⁹⁴ V. *R. v Ministry of Defence Ex p. Murray* [1998] C.O.D. 134.

qu'elle observe les garanties procédurales de nature à assurer l'équité »²⁶⁹⁵. Aussi le fondement du devoir de motivation serait désormais que sans cette motivation, le principe d'équité procédurale serait méconnu²⁶⁹⁶.

858. Il y a donc de nombreux fondements à l'obligation de motivation dont le plus important concernant le régime de la fonction contentieuse des autorités de régulation est le dernier : dans les hypothèses où une décision porte atteinte aux droits des individus, l'absence de motivation peut être considérée comme une iniquité procédurale, d'autant que les exemples de jurisprudences dans lesquelles les juges manifestent une conscience aiguë de la nécessité de motiver les décisions se multiplient²⁶⁹⁷. Aussi Wade et Forsyth affirment-ils : « Le moment est à présent certainement venu que les tribunaux reconnaissent qu'il y a une obligation de motivation, basée sur le principe d'équité, lequel irrigue le droit administratif »²⁶⁹⁸.

Lorsque cette obligation est reconnue, par les textes ou par la jurisprudence, celle-ci impose que les motifs communiqués soient appropriés, intelligibles et traitent des éléments substantiels de la décision²⁶⁹⁹.

La situation juridique en France est différente même si c'est le législateur qui est intervenu pour clarifier finalement l'état du droit et imposer la motivation.

B — Le droit de la motivation de la décision administrative en droit français

859. Malgré les nombreux avantages que présente la motivation, qui « facilite la compréhension de l'action administrative » et permet par là même d'« éviter certains contentieux »²⁷⁰⁰, le juge administratif français n'a pas imposé d'obligations en ce sens. Seules les juridictions y étaient contraintes²⁷⁰¹, avatar du lien entre juridiction et procédure, ainsi que les organismes professionnels dotés de pouvoirs « quasi juridictionnels »²⁷⁰². La loi

²⁶⁹⁵ V. R. v Ministry of Defence Ex p. Murray [1998] C.O.D. 134. Traduction de : « Where a statute conferred on any body the power to make decisions affecting individuals, the court not only required the procedure prescribed by statute to be followed, but would imply just such additional procedural standards as would ensure the attainment of fairness ».

²⁶⁹⁶ V. R. v Ministry of Defence Ex p. Murray [1998] C.O.D. 134 : « In the absence of a requirement to give reasons, the person seeking to argue that they should have been given had to show that the procedure adopted of not giving reasons was unfair ».

²⁶⁹⁷ V. Les exemples cités par M. Fordham, *Judicial Review Handbook*, n° 62.1.2 : *North Range Shipping Ltd v Seatrans Shipping Corp* [2002] EWCA Civ 405 [2002] 1 WLR 2397, spéc. §15 (« the trend of the law has been towards an increased recognition of the duty to give reasons ») ; *Stefan v General Medical Council* [1999] 1 WLR 1293, 1301 A-B (« There is certainly a strong argument for the view that what were once seen as exceptions to a rule may now be becoming examples of the norm, and the cases where reasons are not required may be taking on the appearance of exceptions »), 1300G ; *R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council. ex p Grillo* (1996) 28 HLR 94, 105 ; *R (Wooder) v Feggetter* [2002] EWCA Civ 554 [2003] QB 219.

²⁶⁹⁸ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 439.

²⁶⁹⁹ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 402, n° 12-034.

²⁷⁰⁰ V. P. L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., p. 299, n° 504.

²⁷⁰¹ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 1032, n° 1175.

²⁷⁰² V. C.É., Ass., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Rec. Lebon p. 704 ; D. 1971, p. 344, note B. Pacteau ; JCP 1971, n° 16757, note F. Moderne, RDP 1971, p. 987, concl. M. Gentot. Y. Gaudemet mentionne aussi les décisions quasi-juridictionnelles (Conseil d'État, 27 janvier 1950, Billard, Recueil Lebon p. 58, cité par Y. Gaudemet, *Droit administratif*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 19^e éd., 2010, p. 147, note 54). Pour René Hostiou, le fondement de la jurisprudence imposant la motivation des actes administratifs jusqu'en 1970 était la notion d'acte quasi-juridictionnel. Il ajoute qu'après cette date le Conseil d'État a développé une jurisprudence erratique qui tend à « développer cette obligation pour un nombre d'organismes dont aussi bien les

du 11 juillet 1979²⁷⁰³ est venue imposer la motivation de deux types de décisions individuelles : les décisions administratives individuelles défavorables — au nombre desquelles figurent les mesures qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; infligent une sanction ; subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir » — et les « décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement »²⁷⁰⁴. D'autres lois sont venues étendre le champ des décisions soumises à l'obligation de motivation²⁷⁰⁵. Cette communication doit toutefois être conciliée avec d'autres intérêts comme le besoin de protéger le secret des affaires ou l'urgence par exemple, ce qui n'est pas sans incidence dans les domaines étudiés. La motivation doit contenir l'ensemble des éléments de fait et de droit ayant justifié la décision²⁷⁰⁶.

Conclusion du § 1

Il est intéressant de voir à quel point le juge est réticent, dans les deux systèmes juridiques, à imposer la motivation des décisions administratives. La jurisprudence anglaise s'est efforcée de trouver des fondements juridiques à cette obligation dans certains principes généraux du droit de nature procédurale, mais la doctrine est unanimement insatisfaite de cette situation. En France, c'est le législateur qui est intervenu pour imposer une obligation de motivation dans un nombre important d'hypothèses défavorables aux individus.

§ 2 — Les obligations de l'organe disciplinaire

Les personnes poursuivies par une autorité administrative bénéficient d'un certain nombre de droits, inégalement et restrictivement imposées par les juges tant en France qu'au Royaume-Uni. L'organe disciplinaire doit aussi répondre à un certain nombre d'obligations au premier rang desquelles on trouve l'impartialité (I). Ce principe, qui a subi en France une profonde transformation doit être étudié à ce stade dans son acception traditionnelle dans les deux pays. Il s'agira ensuite d'examiner — pour montrer le contraste avec la pratique des autorités de régulation — si les autorités administratives disciplinaires sont, dans leur action, soumises à des obligations de transparence (II).

*

attributions que la composition sont particulières » (R. Hostiou, Procédure et forme de l'acte administratif unilatéral en droit français, préc., spéc. p. 190).

²⁷⁰³ V. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., 12 juillet 1979, p. 1711).

²⁷⁰⁴ V. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 1318 suiv., spéc. n° 1320 ; P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., pp. 300-301.

²⁷⁰⁵ V. par ex. la Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social (J.O.R.F., 18 janvier 1986, p. 888), article 28, cité par Y. Gaudemet, Droit administratif, préc. p. 148.

²⁷⁰⁶ V. V. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 1318 ; P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., p. 301, n° 506.

I — L'obligation d'impartialité

II — La culture du secret

*

I — L'obligation d'impartialité

L'impartialité est un principe général de l'action administrative qui s'impose même en dehors de la fonction contentieuse de l'Administration, aussi bien en France (A) qu'au Royaume-Uni (B).

A — Le principe d'impartialité en France

860. Le Conseil d'État a abordé de deux manières l'impartialité de l'action administrative. Il s'est d'une part attaché, comme le montre Guy Isaac²⁷⁰⁷, à assurer l'impartialité de la décision (par le biais de l'annulation pour détournement de pouvoir ou par la défense des principes d'égalité et de neutralité du service). Le juge administratif s'est évertué d'autre part à contrôler l'impartialité de la procédure suivie, en érigeant cette exigence en principe général du droit²⁷⁰⁸.

Guy Isaac voit une double portée à ce principe dans la procédure administrative. Elle impose une obligation de s'abstenir aux personnes « intéressées » à l'issue d'une procédure, c'est-à-dire ayant un intérêt personnel à l'affaire, ainsi qu'aux personnes ayant pris position sur l'affaire, prise de position de nature à faire douter de leur partialité²⁷⁰⁹. Dans la procédure juridictionnelle, le principe d'impartialité s'analyse de manière subjective (l'existence de préjugés) et de manière objective (l'éventualité d'un préjugement)²⁷¹⁰. Traditionnellement, ce principe irrigue donc le droit administratif devant l'Administration et le juge de manière similaire. Il permet d'éviter qu'une personne ayant un intérêt personnel à l'issue d'une procédure puisse y participer, il justifie d'écarter une personne ayant manifesté une position partisane²⁷¹¹.

²⁷⁰⁷ V. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, préc., spéc. p. 421-422.

²⁷⁰⁸ V. Conseil d'État, 26 décembre 1925, Rodière, R.D.P. 1926, p. 35, concl. Cahen Salvador et surtout Conseil d'État, 4 mars 1949, Trèbes S. 1950.III.21 ; Conseil d'État, 29 avril 1949, Bourdeaux, S. 1950.III.68 ; Conseil d'État, 27 octobre 1999, Fédération française de football, JCP 2000, n° 10376, note Piastra ; Conseil d'État, 28 avril 2005, Karsenty, Droit administratif, 2005, n° 105, note M. Lombard.

²⁷⁰⁹ V. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, préc. p. 431.

²⁷¹⁰ V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, préc., p. 993, n°1138-1 ; V. Haïm, « Impartialité », n° 9, in Répertoire Dalloz de contentieux administratif.

²⁷¹¹ Ce principe est souvent renforcé par des dispositions spéciales. En matière d'expropriation, l'impartialité du commissaire enquêteur est une exigence ancienne (Code de l'expropriation, article R. 11-5, al. 2). Plus récemment le Conseil d'État, s'étant engagé dans une réflexion approfondie sur la notion de conflit d'intérêts (Rapport de la Commission de

861. Le Conseil d'État censure-t-il, traditionnellement, des cas de cumuls de fonctions de poursuite et de jugement ? La jurisprudence antérieure à l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme montre que lorsqu'il censure un tel cumul c'est au nom de l'impartialité subjective. Ainsi, dans une affaire M. Bonnet, le Conseil d'État considère qu'il est maladroit de confier la présidence d'une instance disciplinaire à une personne ayant préalablement porté plainte devant le juge pénal et saisi l'organe disciplinaire des agissements de la personne poursuivie. Mais dans ce cas, il ne s'agit pas exactement de cumul de fonctions ; c'est plutôt le fait que les actes de cette personne manifestent qu'elle a « auparavant mis en cause publiquement la personne sanctionnée »²⁷¹². En dehors de ce cas, qui ne peut être assimilé à la jurisprudence ultérieure sur le cumul de fonctions, il faut conclure avec Michel Degoffe qu'« il y a donc là confusion des fonctions d'instruction et de jugement aux mains d'une même autorité » et que le Conseil d'État n'y trouve rien à redire²⁷¹³.

L'impartialité de l'Administration est aussi un principe traditionnel du droit anglais.

*B — Le principe d'impartialité au Royaume-Uni*²⁷¹⁴

862. L'impartialité est, au même titre que la contradiction, partie intégrante du principe de justice naturelle. Le fondement du principe d'impartialité en *common law* est un principe d'apparence, exprimée par l'adage souvent cité selon lequel « il n'est pas seulement d'une quelconque importance, mais il est tout à fait primordial que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement rendue »²⁷¹⁵. Ce principe se décline de deux manières.

863. D'une part, il s'oppose à ce qu'une décision soit prise par un administrateur ayant un intérêt personnel dans l'affaire. Un intérêt pécuniaire, aussi modeste soit-il, suffit à

réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique , remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique), fait montre d'une particulière sévérité pour garantir l'impartialité des commissions d'experts dans le domaine sanitaire et de la santé : V. Conseil d'État, 11 février 2011, Sté Aquatrium, n° 319828 et n° 326062, JurisData n° 2011-001318 (sera publié au Recueil Lebon) concernant l'AFSSA ; Conseil d'État, CE, 27 avr. 2011, n° 334396, Assoc. pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP) (sera publié au Recueil Lebon). V. A. Friboulet, « Régularité de la procédure d'élaboration des décisions administratives en matière sanitaire, principe d'impartialité et prévention des conflits d'intérêts », *Revue juridique de l'économie publique* n° 689, Août 2011, comm. 37.

²⁷¹² V. Conseil d'État, 30 novembre 1994, M. Bonnet, req. n° 136539. V. l'analyse de M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, préc., p. 115, n° 191.

²⁷¹³ V. M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, préc., p. 117, n° 195.

²⁷¹⁴ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 417 suiv. ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 380 suiv. ; De Smith's *Judicial Review*, préc., 499 suiv. ; *The Law of Human Rights*, préc. pp. 578-579 ; P. Havers, A. Henderson, « Recent Developments (and Problems) in the Law on Bias », *Judicial Review*, 2011, pp. 80 suiv..

²⁷¹⁵ V. Lord Hewart C.J., *The King v Sussex Justices* [1924] 1 K.B. 256. La traduction est de J. du Jardin, « Justice must not only be done; it must also be seen to be done », in *Imperat lex: liber amicorum Pierre Marchal*, Larcier, 2003, p. 37.

disqualifier un administrateur²⁷¹⁶. Les juges n'ont pas, dans ce cas, à se demander si cet intérêt crée une suspicion raisonnable ou une réelle probabilité de partialité²⁷¹⁷. Les autres catégories d'intérêt personnel sont soumises à un test plus rigoureux : ces intérêts doivent pouvoir susciter une suspicion raisonnable ou un réel danger de partialité pour entraîner la censure. Il s'agit essentiellement de liens familiaux ou professionnels.

864. D'autre part, la jurisprudence anglaise s'intéresse aussi à l'impartialité objective, Paul Craig dit institutionnelle, de l'organe.

865. D'abord, les juges n'hésitent pas à sanctionner les opinions émises qui sont susceptibles de constituer un préjugement.

866. Ensuite, et de manière plus intéressante pour la comparaison, la jurisprudence est assez sévère avec les situations dans lesquelles une même personne cumule plusieurs fonctions de poursuite et de jugement. L'intérêt de cette jurisprudence est qu'elle se rapproche de l'évolution contemporaine française du principe d'impartialité. Dans une décision, les juges ont considéré qu'une personne ayant été membre de l'organe chargé de diligenter les poursuites contre un avocat ne pouvait ensuite être nommée membre de l'instance de recours (et ce, alors même que cette personne n'avait pas siégé et pris part à l'adoption de la première décision)²⁷¹⁸. Mais ici, la comparaison avec la jurisprudence française sur l'impartialité du rapporteur et le cumul des fonctions n'est pas tout à fait pertinente, car l'organe dans lequel la personne siégeait en tant que juge était un organe de recours. Or, les juges dans cette affaire ont bien mis en évidence que le standard d'impartialité qui s'impose à l'organe de recours est forcément supérieur à celui qui encadre l'action des instances de premier ressort. D'ailleurs dans une autre décision, antérieure encore à l'application de la loi sur les droits de l'homme de 1998, les juges anglais adoptent le même raisonnement que les juges de Strasbourg — et tout dans la décision montre qu'ils ne s'en sont pas inspirés — et décident qu'un défaut d'impartialité en première instance peut être corrigé par l'existence d'un recours adéquat²⁷¹⁹. Il n'est, dans ces conditions, pas possible de conclure que le principe d'impartialité qui emporterait un non-cumul des fonctions de poursuite et de jugement est déjà un principe ancré en droit administratif anglais²⁷²⁰. De même les autres décisions que l'on peut trouver interdisant le cumul concernent des juridictions : les juges interdisent ainsi à une juridiction pénale de comprendre un membre d'un comité ayant pris la décision de poursuite²⁷²¹.

²⁷¹⁶ V. *William Dimes v The Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852) III House of Lords Cases 759. Dans cette décision, les juges suprêmes anglais considérèrent que le Lord Chancellor ne pouvait approuver une décision relative à une compagnie dans laquelle il détenait des actions.

²⁷¹⁷ V. *R. v Rand* (1865-66) L.R. 1 Q.B. 230. Blackburn J. affirma à cette occasion : « There is no doubt that any direct pecuniary interest, however small, in the subject of inquiry, does disqualify a person from acting as a judge in the matter ». *Leeson v General Council of Medical Education and Registration* (1890) L.R. 43 Ch. D. 366.

²⁷¹⁸ V. *In Re p (A Barrister)* [2005] 1 W.L.R. 3019.

²⁷¹⁹ V. *Ferd Dawson Calvin v John Henry Brownlow Carr* [1979] 2 W.L.R. 755 : « notwithstanding that a decision of an administrative or domestic tribunal which had been reached in breach of the rules of natural justice might for certain purposes be void it was nevertheless susceptible of appeal and that therefore, assuming (without deciding) that there had been a failure of natural justice in the stewards' inquiry the Jockey Club committee had had jurisdiction to entertain the plaintiff's appeal from the stewards' decision to disqualify him (spéc., pp. 589G — 590B, E-F, 591E-H) ».

²⁷²⁰ V. *Joseph Lennox Holmes (Appellant) v Royal College of Veterinary Surgeons (Respondent)* [2011] UKPC 48.

²⁷²¹ V. *The Queen on the Prosecution of Shaw v Lee and Others, Justices of Wakefield* (1881-82) L.R. 9 Q.B.D. 394 (« One of the justices was a member of the sanitary committee, and had been present at the meeting, at

867. L'exigence d'impartialité plus forte au Royaume-Uni s'explique par le domaine de la procédure de *judicial review*. Les institutions couvertes par le recours en *judicial review*, notamment les juges de paix locaux, sont aussi des instances pénales, aussi le standard d'impartialité doit-il être plus exigeant. Néanmoins, même si l'on ne peut conclure clairement à une exigence d'impartialité plus forte en *common law* qu'en droit français, car les institutions comparées ne sont pas forcément les mêmes, on ne peut que constater que le Conseil d'État impose aussi une exigence d'impartialité plus forte aux juridictions administratives qu'à l'Administration.

Les droits administratifs français et anglais consacrent de manière nette l'impartialité comme principe qui s'impose à l'autorité administrative.

Afin d'affiner le contraste avec les principes régissant la procédure contentieuse des autorités de régulation, il est à présent nécessaire d'aborder le problème de la transparence, ou plutôt, traditionnellement, de la culture du secret qui caractérise la procédure administrative en France et au Royaume-Uni.

II — La culture du secret

868. Les deux pays partagent le même attachement au secret. Les obligations de consultation, lorsqu'elles existent ne concernent en général que les actes de portée générale, les règlements et non les décisions individuelles et la jurisprudence n'a pas, dans les deux pays, dégagé de principe général imposant la consultation de l'ensemble des parties intéressées pour les actes réglementaires²⁷²², et *a fortiori* encore moins pour les actes individuels tels que les actes contentieux²⁷²³ — ici seules les personnes intéressées sont consultées et non les tiers. Guy Isaac remarque à cet égard que la procédure administrative garde un caractère en France éminemment secret, qu'elle tient de ses « origines bureaucratiques »²⁷²⁴ : les administrés n'ont pas de « droit général à la publicité de la procédure »²⁷²⁵. Les instances n'ont ainsi pas en France à prendre leur décision en public. En revanche, l'Administration peut toujours décider de consulter les personnes intéressées dans

which the resolution was passed: Held, that section 258 [of the Public Health Act, 1875] did not remove the disqualification which attached to the justice by reason of his having acted as a member of the sanitary committee in directing the prosecution, and that a rule for a certiorari to bring up and quash the conviction must be made absolute ») ; R. v Pwllheli Justices Ex p. Soane [1948] 2 All E.R. 815 (« S. 76 of the Salmon and Freshwater Fisheries Act, 1923, provides that "a justice of the peace shall not be disqualified for hearing any case arising under this Act by reason only of his being a member of a fishery board". The authorities establish that, if a member of a fishery board who is also a justice votes for a resolution authorising a prosecution, he cannot sit on the hearing of the summons because the section does not permit him to do so. However, in a case where a justice was present at the meeting of the fishery board in his capacity as a member of the board, but took no part in the resolution authorising the prosecution, it was held that there was no ground for quashing a conviction for an offence under s.8(1) of the Act »).

²⁷²² V. pour l'Angleterre, P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 733 ; De Smith's *Judicial Review*, préc., p. 389, n° 7-056 ; P. Craig, *Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon, 1990, spéc. pp. 160-161 suiv. ; J. Houghton, R. Baldwin, « Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules », *Public Law*, 1986, spéc. pp. 278-279.

²⁷²³ V. pour l'Angleterre, P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 396, n° 12-028.

²⁷²⁴ V. G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, p. 372. V. aussi l'avis de O. Gohin, « La contradiction hors de l'influence de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme - La contradiction avant l'article 6 §1 », *RFDA* 2001 p. 2.

²⁷²⁵ V. G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, p. 372.

le silence des textes, mais c'est à condition de réunir trois conditions : « Il faut d'une part que les dispositions légales et réglementaires régissant la matière n'y fassent pas obstacle. Il faut, d'autre part, que l'autorité investie du pouvoir de décider ne se considère pas, à tort, liée par l'avis ou la proposition formulée. Il faut enfin, ce qui va de soi, qu'aucun vice propre n'entache la procédure suivie par l'autorité ou l'organisme ainsi consulté »²⁷²⁶. Au Royaume-Uni, les principes imposant la consultation des tiers et la transparence de la procédure administrative sont d'apparition récente et n'appartiennent pas au bloc de principes gouvernant la procédure administrative. Tout au plus, les juges ont pu accepter de considérer que l'équité pouvait conférer, dans certains cas, à un tiers le droit de se faire entendre avant qu'une autorité administrative ne prenne une décision qui affecte ses intérêts²⁷²⁷. En tout état de cause, aucune règle générale ne confère aux tiers un droit de participer à la procédure ni d'être informé.

Conclusion du § 2 et de la Section 1

La procédure administrative n'est pas encadrée *a priori* par des obligations de publicité ou de consultation qui s'étendent au-delà des destinataires de la décision. En cela, la pratique des autorités de régulation tranche nettement avec les principes du droit administratif général. De surcroît, l'Administration est astreinte au respect de l'exigence d'impartialité.

Au total, les juges de l'Administration en France et au Royaume-Uni n'ont encadré la procédure contentieuse qu'*a minima*, tentant au cas par cas d'astreindre l'Administration à respecter les droits des administrés dans la mesure où ceux-ci ne portaient pas atteinte à l'efficacité de l'action administrative. En ce sens, les principes procéduraux applicables à l'Administration active sont des principes fonctionnels, « régulateurs »²⁷²⁸ de l'action administrative et dont l'horizon est toujours, dans les deux pays, la procédure juridictionnelle. Dans les deux pays, en l'absence de procédure administrative codifiée, c'est toujours la procédure juridictionnelle qui constitue le pôle d'attraction ou de répulsion, le standard à l'aune duquel les garanties sont ou accordées ou refusées. Paul Craig dit ainsi : « l'approche traditionnelle [de la jurisprudence] a été de modeler les droits procéduraux, en référence aux procédures juridictionnelles »²⁷²⁹. Guy Isaac parle, lui, de « monopole procédural de la

²⁷²⁶ V. Conseil d'État, 26 janvier 1951, Donin de Rosière, S. 1952.3.9, concl. R. Odent, cité in G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, 11^e éd., p. 487.

²⁷²⁷ V. R. v Life Assurance Unit Trust Regulatory Organisation Ex p. Ross [1992] 3 W.L.R. 549, spéc. p. 559. Glidewell LJ considère ainsi que, dans certaines circonstances, les tiers peuvent se voir reconnaître certains droits. Mais les juges sont à ce sujet très prudents : « I accept that very frequently a decision made which directly affects one person or body will also affect, indirectly, a number of other persons or bodies, and that the law does not require the decision-making body to give an opportunity to every person who may be affected however remotely by its decision to make representations before the decision is reached. Such a principle would be unworkable in practice. On the other hand, it is my opinion that when a decision-making body is called upon to reach a decision which arises out of the relationship between two persons or firms, only one of whom is directly under the control of the decision-making body, and it is apparent that the decision will be likely to affect the second person adversely, then as a general proposition the decision-making body does owe some duty of fairness to that second person, which, in appropriate circumstances, may well include a duty to allow him to make representations before reaching the decision. This will particularly be the case when the adverse effect is upon the livelihood or the ability to earn of the second person or body ». V. aussi R. v Life Assurance Unit Trust Regulatory Organisation Ex p. Tee (1995) 7 Admin. L.R. 289. V. B. Harris, A. Carnes, Disciplinary and Regulatory Proceedings, Jordans Publishing, 6th ed., spéc. pp. 332-333.

²⁷²⁸ V. P. Idoux, La contradiction en droit administratif français, préc., p. 613.

²⁷²⁹ V. P. Craig, Administrative Law, préc. p. 373.

juridiction ». Tant en France qu'au Royaume-Uni, le raisonnement des juges part de la constatation que le législateur a confié une procédure contentieuse à l'Administration pour des raisons d'efficacité ; il serait par conséquent contraire à l'intention du Parlement d'alourdir les procédures administratives en les calquant sur les procédures juridictionnelles.

Nulle part ce caractère régulateur n'est plus évident qu'en cas d'urgence. L'urgence justifie l'économie de certaines garanties procédurales. Pierre-Laurent Frier note ainsi que si « la mise en demeure préalable est un des éléments essentiels de la procédure contradictoire, puisqu'avant d'agir on propose en quelque sorte à l'administré d'agir lui-même », l'urgence peut justifier, selon les cas, soit le raccourcissement des délais de mise en demeure, soit la suppression complète de ce procédé²⁷³⁰. La position est identique au Royaume-Uni : en cas d'urgence les juges acceptent que les formalités ordinaires soient écartées, afin de pouvoir faire face à la situation d'urgence²⁷³¹.

Il est en de même des principes substantiels posés par le juge.

²⁷³⁰ V. P.-L. Frier, *L'urgence*, préc., p. 254, n° 246.

²⁷³¹ V. B. Harris, A. Carnes, *Disciplinary and Regulatory Proceedings*, préc., pp. 328-329.

Section 2 — *Les garanties substantielles limitées*

869. Les administrés sont aussi protégés de l'interférence de l'action administrative dans leurs affaires grâce à un certain nombre de principes substantiels : le principe de légalité, duquel dérivent les principes de proportionnalité et de non-rétroactivité, et le principe de responsabilité, duquel découlent les principes de personnalité et l'ensemble des facteurs d'atténuation ou d'aggravation de la responsabilité.

870. Le principe de légalité *stricto sensu* a déjà été examiné. Il est nécessaire de préciser ici qu'en matière criminelle, les deux pays ne partagent pas, traditionnellement, la même conception du principe de légalité, puisqu'en *common law* de nombreuses infractions et de nombreuses peines ont une origine jurisprudentielle. Aussi, c'est le principe de légalité au sens matériel qui est respecté en *common law*²⁷³². Mais, même entendu ainsi, le principe de légalité ne permet pas à une personne publique de sanctionner un administré sans autorisation législative expresse, c'est ce qu'a jugé la Chambre des Lords dans la décision *Wheeler v Leicester City Council*²⁷³³ et plus récemment dans la décision *HM Treasury v Ahmed*²⁷³⁴. En France, l'influence de Montesquieu et de Beccaria a permis d'établir la loi comme seule source légitime du droit pénal²⁷³⁵, ce qui est d'ailleurs une exigence des textes internationaux²⁷³⁶. Néanmoins, la Constitution de 1958 est venue donner au pouvoir réglementaire un pouvoir dans la détermination des contraventions²⁷³⁷. Aussi le champ du principe est-il depuis lors réduit en France, et signifie que l'infraction et la sanction doivent être définies par un texte²⁷³⁸.

871. On a remarqué de surcroît que les droits administratifs anglais et français admettaient que les obligations contenues dans l'autorisation pussent constituer la source d'infractions punies, le cas échéant, par le retrait ou la suspension de l'autorisation. Le législateur est venu ajouter à ce cadre la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires. Les autorités de régulation ne présentent qu'une spécificité par rapport à ce schéma général. Dans les secteurs régulés, la source des pouvoirs contentieux est largement, mais pas exclusivement, dans des actes de nature infralégislative. Les deux systèmes juridiques admettent que la loi puisse confier à l'Administration le soin de définir des infractions²⁷³⁹ ; mais c'est essentiellement

²⁷³² V. par ex. A. Ashworth, « Interpreting criminal statutes: a crisis of legality? », *Law Quarterly Review*, 1991, pp. 419 suiv..

²⁷³³ V. *Wheeler v Leicester City Council* [1985] 3 W.L.R. 335.

²⁷³⁴ V. *HM Treasury v Ahmed & Ors* [2010] UKSC 2 (27 January 2010), §61.

²⁷³⁵ V. J. Pradel, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, 18^e éd., 2010, n° 82.

²⁷³⁶ V. l'article 7§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.S.D.H.), l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (D.U.D.H.) de 1948, et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York.

²⁷³⁷ V. J. Pradel, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, 18^e éd., 2010, n° 139. Mais la Déclaration des droits de l'homme de 1789, en son article 7, établit une réserve législative en ce qui concerne les peines privatives de liberté.

²⁷³⁸ V. Conseil d'État, 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur c/ M. Benkerrou, Req. n° 255136. Le Commissaire du gouvernement dans cette affaire, M. Guyomar, affirme bien que « Le principe de légalité des délits et des peines implique seulement que nul ne peut faire l'objet d'une sanction qui n'a pas été prévue par un texte » (concl., RFDA 2004.915).

²⁷³⁹ V. en France le considérant de principe du Conseil constitutionnel : « Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux

dans la mise en demeure que le pouvoir de sanction trouve sa source. Ce mécanisme, s'il pose des problèmes évidents d'efficacité pour les autorités françaises, présente le double avantage de fournir une base claire et surtout précise à l'infraction. Or, un corollaire du principe de légalité des délits et des peines est l'exigence de définition des « infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »²⁷⁴⁰.

Les principes substantiels, encadrant le prononcé de décisions administratives de nature contentieuse sont donc de deux types : certains permettent de contrôler la détermination de la décision (§1), tandis que d'autres gouvernent l'intervention dans le temps de la décision (§2).

*

§1 — Les garanties substantielles liées à la détermination de la décision

§2 — Les garanties substantielles liées à l'intervention de la décision

*

§ 1 — Les garanties substantielles liées à la détermination de la décision

La détermination de la décision contentieuse est contrôlée par le juge de l'Administration essentiellement quant à deux éléments : son intensité d'une part, elle doit à cet égard, notamment, être proportionnée aux manquements (I) ; d'autre part, les personnes qu'elle vise doivent être strictement définies en vertu du principe de personnalité des peines (II).

I — L'intensité de la mesure : le principe de proportionnalité et ses corollaires

872. L'étude du principe, et non du contrôle — lequel fera l'objet de développements ultérieurs²⁷⁴¹ — de proportionnalité dans les jurisprudences administratives classiques ne manifeste pas une différence fondamentale entre les deux pays dans l'application de ce

obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » (Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, décision C.S.A., préc., cons. 37).

²⁷⁴⁰ V. les décisions du Conseil constitutionnel suiv. : n° 92-307 DC, 25 février 1992, cons. 27 (J.O.R.F. du 12 mars 1992, p. 3003, Rec. p. 48) ; n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 24 à 39 ; n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, cons. 6 à 22. V. aussi F. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, préc., pp. 246 suiv.. F. Moderne utilise l'expression « principe de spécification (ou de typicité) : *lex certa* ».

²⁷⁴¹ V. sur la distinction entre le principe et le contrôle de proportionnalité : X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Science et droit administratifs, 1990, spéc. pp. 9-10 : « Le principe de proportionnalité correspond au concept de proportionnalité pris en tant que règle, que norme sanctionnée. Il regroupe l'ensemble des hypothèses où la proportionnalité est employée comme critère de la régularité de l'action ou de l'acte juridique ». Le contrôle de proportionnalité est pour cet auteur plus large, « il englobe non seulement le concept de proportionnalité pris comme objet ou comme finalité du contrôle, mais également les hypothèses où ce concept constitue un moyen d'action du juge ».

principe aux mesures administratives répressives. L'application de la proportionnalité aux mesures restreignant l'exercice des libertés est plus facilement acceptée. Nonobstant ceci, les juges des Administrations française et anglaise sont traditionnellement rétifs à admettre un tel principe, ayant l'impression qu'un tel contrôle aboutit à jouer le rôle d'administrateurs, rôle qui ne leur a pas été confié par le Parlement. L'aménagement du principe de non-cumul des poursuites et des peines est aussi similaire dans les deux pays.

Après l'exposé de ces principes en droit administratif français (A), il faudra s'attacher à l'étude de la situation anglaise (B).

A — *Le principe de proportionnalité et ses corollaires en droit administratif français*²⁷⁴²

Il faudra s'intéresser successivement à la portée du principe de proportionnalité *stricto sensu* (1) avant d'analyser les limites de la règle de non-cumul des poursuites en droit administratif répressif (2).

I — *Le principe de proportionnalité stricto sensu en droit administratif français*

873. Le champ d'application traditionnel du principe de proportionnalité en France est le domaine de la police, par conséquent le domaine des injonctions. C'est dans ce domaine que le Conseil d'État a le plus tôt affirmé le principe. Lorsque l'exercice des libertés publiques est en jeu, l'autorité de police ne peut les restreindre que dans la stricte limite du nécessaire. Aussi « le juge administratif, expliquent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, pour l'essentiel, et *a posteriori* (mais sa jurisprudence a aussi un effet préventif), vérifie que les autorités de police générale n'ont imposé aux citoyens que les mesures strictement proportionnées, en fonction des avantages qu'en retire l'ordre public et des inconvénients qui en résultent pour les libertés publiques »²⁷⁴³. Affirmé de manière solennelle dans l'arrêt Benjamin — mais reconnu bien avant²⁷⁴⁴ —, le Conseil d'État juge que « s'il incombe au maire [...] de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion [...] ». L'examen des faits pousse le Conseil d'État à considérer dans cette affaire que « l'éventualité des troubles allégués par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir

²⁷⁴² V. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », AJDA 1995 p. 156 ; G. Braibant, « « Le principe de proportionnalité », Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, 1974, p. 297 ; M. Guibal, « De la proportionnalité », AJDA 1978, p. 477 ; J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », AJDA 1988, p. 434 ; X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, thèse Aix-en-Provence, Paris, Economica, 1990 ; J. Mekhantar, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale, Thèse dactyl., Paris II, 1990 ; A. Perrin, L'injonction en droit public français, préc., pp. 714 suiv. ; É. Picard, La notion de police administrative, préc., tome 2, n° 352 ; P.-L. Frier, L'urgence, préc., n° 117 ; R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 932 ; P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., p. 255, n° 429 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., p. 534.

²⁷⁴³ V. P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., p. 255, n° 429.

²⁷⁴⁴ V. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », AJDA 1995 p. 156.

l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre »²⁷⁴⁵. L'ensemble des libertés publiques bénéficie de la même protection.

En droit administratif répressif à présent, la situation est différente. Le juge administratif a toujours été très réticent à consacrer un tel principe. Georges Dellis explique nettement que le juge administratif est très hésitant à consacrer un tel principe : « la doctrine est presque unanime sur le point d'exclure une obligation de corrélation entre la sanction administrative ou disciplinaire et la gravité de l'infraction. Son pouvoir discrétionnaire paraît être sans limites dès lors que la matérialité de la faute est établie »²⁷⁴⁶. Il s'agit bien d'une « lacune du droit administratif répressif »²⁷⁴⁷.

874. Mais, en l'absence d'un tel principe, accepte-t-il de mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité de la mesure ? Il faut en douter. Ainsi pour Raymond Odent, « pour ne pas empiéter sur le domaine de l'opportunité réservée à l'administration », le juge administratif s'est « toujours refusé à apprécier si la sanction prononcée est proportionnée à la gravité de la faute commise »²⁷⁴⁸. C'est pourquoi, explique George Dellis, « l'intervention juridictionnelle consiste à utiliser non pas un principe, mais une technique de proportionnalité, en adaptant dans ce but le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation »²⁷⁴⁹. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, inaugurée en matière de sanction administrative par la décision Lebon²⁷⁵⁰, permet ainsi de sanctionner les peines disproportionnées²⁷⁵¹. Toutefois, dans la décision Le Cun, le Conseil d'État décide de procéder au contrôle normal d'une décision de sanction prononcée par le Conseil des bourses de valeur qui « peut, comme d'autres organismes de régulation, prononcer des sanctions de cette nature : interdiction à titre temporaire et définitif de tout ou partie des activités d'une société de bourse, retrait de l'agrément d'une société, retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle d'un salarié ou d'un agent d'une société de bourse », ce qui « constitue à nos yeux un argument fort pour

²⁷⁴⁵ V. Conseil d'État, 19 mai 1933, Benjamin, Recueil Lebon p. 541 (S. 1934.III.1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933.III.354, concl. Michel. V. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e éd., n° 49, p. 300 suiv.).

²⁷⁴⁶ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 184, 1997, spéc. p. 255, n° 355. G. Dellis cite notamment à l'appui de son affirmation : F. Vincent, Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 70, 1966. François Vincent affirme en effet : « Le juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît jamais le droit d'effectuer un contrôle sur la proportion établie par le supérieur hiérarchique entre le caractère grave ou bénin de la faute et le caractère rigoureux ou léger de la sanction (...). Comme en matière disciplinaire, le supérieur hiérarchique a toute liberté pour adapter à une faute déterminée la sanction qui lui semble appropriée. Le juge administratif n'est en aucun cas habilité à contrôler cette adéquation » (p. 134 et p. 144).

²⁷⁴⁷ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 184, 1997, spéc. pp. 256-257.

²⁷⁴⁸ V. R. Odent, conclusions sous Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1945, Aramu, Recueil Lebon p. 213 : S. 1946.3.1., concl. R. Odent ; EDCE 1947.48, concl. ; D. 1946.158, note G. Morange.

²⁷⁴⁹ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 184, 1997, spéc. p. 254, n° 352.

²⁷⁵⁰ V. Conseil d'État, Sect., 9 juin 1978, Lebon, Recueil Lebon p. 245 ; 16 novembre 1984, Woetglin, Recueil Lebon, p. 373. Auparavant, le Conseil d'État se refusait à contrôler l'importance d'une sanction, fût-elle pécuniaire (V. les références citées par M. de Saint Pulgent, concl. Sous l'arrêt Le Cun, R.F.D.A., 1991, p. 612).

²⁷⁵¹ V. M. Degoffe, La juridiction administrative spécialisée, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 186, spéc. pp. 517 suiv.. V. par ex. Conseil d'État, 22 novembre 1995, ministre de l'Intérieur, n° 131226 (inédit) : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, compte tenu de la tenue générale de l'établissement et des circonstances particulières de l'espèce, la sanction prononcée est entachée, eu égard à la durée de l'interdiction, d'une erreur manifeste d'appréciation ».

que le juge saisi d'un recours contre de telles sanctions exerce sur elles un contrôle entier, y compris sur leur proportionnalité à l'infraction commise »²⁷⁵². Mais cette évolution, comme l'attestent les conclusions du commissaire du gouvernement, Maryvonne de Saint Pulgent, est largement influencée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1989 concernant les décisions sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Commission des opérations de bourse²⁷⁵³.

Un corollaire du principe de proportionnalité est la prévention des doubles poursuites et des doubles peines.

2 — La prévention des doubles poursuites et des doubles peines.

875. En France, la règle *non bis in idem* en matière pénale est, certes, ancienne — elle est déjà présente dans le Code pénal napoléonien —, mais sa portée n'est pas absolue²⁷⁵⁴. Si l'on suit Roland Vandermeeren, cette règle « interdit l'exercice de deux actions répressives à l'encontre d'une même personne et à raison des mêmes faits, et, plus particulièrement, de faits identiques dans leur matérialité et leur qualification »²⁷⁵⁵.

876. Il faut donc étudier la réception de ce principe pour les sanctions administratives en analysant deux hypothèses : dans le cas d'un cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative et dans le cas d'un cumul de deux sanctions administratives. Alors que dans la première la règle ne trouve pas à s'appliquer, dans la seconde, il s'agit d'un principe général du droit auquel, dès lors, le législateur peut seul déroger.

877. La règle *non bis in idem* ne trouve pas à s'appliquer lorsque le même fait est l'objet de poursuites dans des ordres juridiques distincts, que ces ordres soient l'ordre pénal et l'ordre administratif ou l'ordre interne et l'ordre international. Le principe est que rien n'interdit aussi bien le cumul des poursuites que le cumul des sanctions entre l'ordre administratif et l'ordre pénal²⁷⁵⁶. Le Conseil d'État considère ainsi qu'une condamnation par le juge pénal n'empêche pas le prononcé d'une sanction administrative²⁷⁵⁷. La compatibilité de cette solution avec la

²⁷⁵² V. M. de Saint Pulgent, « Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques », concl. sur Conseil d'État, Assemblée, 1er mars 1991, M. Le Cun, RFDA, 1991, p. 612.

²⁷⁵³ V. Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

²⁷⁵⁴ Ainsi, elle ne s'applique pas aux contraventions, où la règle est au contraire celle du cumul, ainsi que concernant certains crimes et délits (V. J. Pradel, Droit pénal général, préc., pp. 575-577 ; V. aussi R. Vandermeeren, « La “double peine” : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », AJDA 2003 p. 1854, où Roland Vandermeeren conclut que « Même au sein d'un ordre juridique unique, tel que l'ordre pénal interne, il existe donc des limites à l'interdiction de répéter les poursuites en vue de punir deux fois une seule infraction »).

²⁷⁵⁵ V. R. Vandermeeren, « La “double peine” : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », AJDA 2003 p. 1854.

²⁷⁵⁶ V. les références citées par Roland Vandermeeren, « La “double peine” : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs » : le cumul des peines entre les ordres pénal et administratif est accepté « que ce soit à l'encontre d'un fonctionnaire (CE 12 janvier 1917, Létrillard, Lebon p. 33), d'un commerçant (CE Sect. 16 juin 1944, Hervé, Lebon p. 173) ou d'un médecin (CE Sect. 9 mars 1951, Hay, Lebon p. 150), ou encore de la personne qui, pour des faits identiques, a commis une contravention de police et une contravention de grande voirie (CE Sect. 13 juin 1964, Guégan, Lebon p. 334 ; CE 17 novembre 1965, Agrelli, Lebon p. 621) ».

²⁷⁵⁷ V. Conseil d'État., Sect., 16 juin 1944, Hervé, Recueil Lebon p.172.

Convention européenne des droits de l'homme est désormais plus que douteuse, comme on le verra.

878. Mais, lorsque les deux poursuites s'exercent dans l'ordre administratif, le juge administratif reprend les exigences essentielles qu'impose l'ordre pénal²⁷⁵⁸. Le Conseil d'État affirme ainsi nettement que, sauf texte en disposant autrement, l'Administration ne saurait prononcer simultanément deux sanctions pour réprimer un seul comportement²⁷⁵⁹. Il s'agirait ainsi d'un principe général du droit²⁷⁶⁰ : « Considérant que s'il est de principe qu'un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, ce principe ne s'applique que pour autant que la loi n'en a pas disposé autrement »²⁷⁶¹. Il est ainsi possible que ce soit la loi qui autorise une application cumulative de mesures répressives²⁷⁶². Ensuite c'est la pluralité des systèmes répressifs en matière administrative qui peut favoriser la concurrence des répressions. Lorsque deux autorités administratives sont compétentes pour infliger une sanction à raison des mêmes faits, la jurisprudence tolère le cumul des poursuites et des peines²⁷⁶³. C'est l'hypothèse selon laquelle le même fait est incriminé par plusieurs législations reposant sur des fondements différents. Georges Dellis constate ainsi que « le parallélisme des poursuites peut provoquer un véritable cataclysme de sanctions qui visent les individus sous une qualité différente à chaque fois. On est donc dans l'obligation de constater de grandes lacunes concernant l'application du principe de non-cumul des peines en matière administrative »²⁷⁶⁴.

En droit administratif français, tant le principe de proportionnalité que la règle du non-cumul connaissent des limites. Qu'en est-il à présent en droit administratif anglais ?

²⁷⁵⁸ V. Conseil d'État, 21 juillet 1950, Pinquet, Recueil Lebon p. 450 (« la société requérante est fondée à soutenir qu'en prononçant la fermeture de son restaurant (...) qui ne repose sur aucun fait nouveau de nature à justifier l'application d'une pénalité (...) l'a frappée d'une seconde sanction en raison des mêmes faits et que ledit arrêté est, par suite, entaché d'excès de pouvoir »).

²⁷⁵⁹ V. Conseil d'État, 11 mars 1938, Hirigoyen, Recueil Lebon p. 264 : « qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêté attaqué que le déplacement d'office du sieur Hirigoyen n'a pas constitué une simple mesure prise dans l'intérêt du service et qui, comme telle, n'eût pas présenté un caractère disciplinaire ; que le ministre a entendu lui conférer ce caractère ; que dès lors, en prononçant ledit déplacement d'office cumulativement avec la rétrogradation de classe, et pour les mêmes faits, le ministre a appliqué au requérant une sanction non prévue à l'échelle réglementaire des peines et commis un excès de pouvoir ».

²⁷⁶⁰ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 299, n° 201 et note 48.

²⁷⁶¹ V. Conseil d'État, 12 avril 1995, Société P.M.E. Assurances, n° 143797 et 143798. V. Semaine juridique JCP G — édition générale 1995 28 IV 1708 218, note M.-C. Rouault. V. aussi la note de J. Moreau sous Conseil d'État, 21 février 1996, Mutuelle Antillaise d'Assurances, Revue générale du droit des assurances, 1er juillet 1996, n° 1996-3, p. 583. V. aussi Conseil d'État, 23 avril 1985, Cne du Petit-Quevilly, AJDA 1985.II.383 (c'est « en vertu d'un principe général du droit dont le respect s'impose même en l'absence de texte exprès » « qu'une infraction ne peut servir de base à deux mesures répressives », cité par J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 299, note 50).

²⁷⁶² V. Conseil d'État, 12 avril 1995, Société P.M.E. Assurances, préc.

²⁷⁶³ V. Conseil d'État, 6 avril 1973, Mourot, Recueil Lebon p. 285, n° 88516 : « cons. que la circonstance que le préfet de la Haute-Saône avait retiré au Sieur X... l'agrément pour l'exploitation de trois établissements secondaires d'enseignement de la conduite des véhicules automobiles situés dans ce département ne faisait pas obstacle à ce que le préfet des Vosges, agissant dans le cadre de sa compétence territoriale, se fondât sur certains faits déjà retenus à l'encontre de l'intéressé pour retirer à celui-ci le certificat d'aptitude professionnelle de moniteur ainsi que l'agrément pour l'exploitation de deux établissements d'enseignement situés dans ce dernier département ».

²⁷⁶⁴ V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, préc., n° 349 suiv..

Après avoir étudié le principe de proportionnalité (1), il faudra s'interroger sur la manière dont le droit anglais pense le cumul des peines (2).

1 — *Le principe de proportionnalité*

879. Comme en droit français, on trouve des mesures, en général des injonctions qui, lorsqu'elles enfreignent une liberté, sont contrôlées en référence à une idée de proportionnalité, mais dans le cadre du contrôle restreint de « *reasonableness* »²⁷⁶⁶ : face à un trouble à l'ordre public, les autorités publiques doivent prendre les mesures les moins attentatoires aux libertés, et notamment à la liberté du commerce. Dans la décision *R. v Coventry City Council Ex p. Phoenix Aviation*, l'aéroport de cette ville dut faire face à d'importantes manifestations s'opposant à l'exportation d'animaux vivants destinés à l'abattoir. Craignant des incidents du fait de ces manifestations, les autorités aéroportuaires décidèrent d'interdire ces exportations. Face à cette décision, les juges examinèrent d'abord si les circonstances en question pouvaient être qualifiées d'urgentes, d'exceptionnelles pour reprendre l'expression du Conseil d'État français, urgence qui aurait pu justifier la suspension des libertés. En l'absence d'une telle urgence, les autorités publiques ne doivent pas céder aux menaces de groupes de pression dont l'action est illégale. Tel abandon, tel renoncement sont contraires à l'État de droit. Une brève suspension de ce commerce pourrait ainsi être justifiée, mais pas une interdiction. Les juges concluent : « Une chose est de répondre à une menace illégale, une autre est de s'y soumettre. La différence entre les deux, quoique difficile peut-être à définir, sera en général facile à reconnaître. Quelque séduisante que puisse paraître parfois la tentation de renoncer trop rapidement aux menaces de perturbation, les autorités publiques doivent s'attendre à ce que la Justice examine leurs décisions avec une particulière rigueur, car ce n'est pas un domaine dans lequel on peut leur accorder un pouvoir discrétionnaire important. Lorsque les droits fondamentaux de l'homme sont en jeu, la Justice

²⁷⁶⁵ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., chap. 19, spéc. p. 622 suiv. ; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 120 ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 305 ; De Smith's *Judicial Review*, préc., p. 584 suiv. ; R. Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oxford, Hart, 2000 ; E. Ellis (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999 ; A. Duffy, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni : recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, diff. L.G.D.J., Collection des Thèses, n° 8, 2007, pp. 156 suiv. ; J. Jowell, A. Lester, « Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law », 1987, *Public Law*, p. 368 ; G. de Burca, « Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law », in M. Andenas (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, 1998, chap. 4 ; G. Gerapetritis, *Proportionality in Administrative Law*, Sakkoulas, 1997 ; M. Elliou, « The Human Rights Act and the Standard of Substantive Review » 2001, *Cambridge Law Journal* 301 ; T. Hickman, « Proportionality: Comparative Law Lessons », 2007, *Judicial Review*, p. 31 ; R. Clayton, K. Ghaly, « Shifting Standards of Review », 2007, *Judicial Review*, p. 210 ; J. Rivers, « Proportionality and the Variable Intensity of Review », 2006, *C.L.J.*, p. 174 ; P. Craig, « Proportionality, Rationality and Review », 2010, *New Zealand Law Review*, p. 265 ; M. Elliott, « Proportionality and Deference: The Importance of a Structured Approach », in *Effective Judicial Review A Cornerstone of Good Governance*, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, M. Ramsden, A. S. Hill (eds), O.U.P., 2010.

²⁷⁶⁶ Il s'agit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable d'une mesure de ce qu'on a appelé la doctrine de l'examen minutieux (« *anxious scrutiny* »), laquelle s'applique lorsqu'une liberté publique est en cause (V. M. Fordham, « Common Law Rights », *Judicial Review*, vol. 16, n° 1, March 2011, pp. 14-21(8), spéc. n° 4).

adoptera un rôle plus interventionniste »²⁷⁶⁷. De même, les juges n'ont pas hésité à annuler une sanction prise contre un marchand, sanction disproportionnée par rapport aux faits qui lui étaient reprochés. L'autorité lui avait retiré à vie son autorisation d'exercer son activité sur un marché, sanction qui constitue une ingérence dans le droit reconnu en *common law* d'exercer son activité sur un marché²⁷⁶⁸.

880. L'influence de la Convention européenne a donné aux juges l'occasion de systématiser l'approche du *common law*. La décision Laporte de 2007 est venue éclairer l'approche que doivent respecter les autorités publiques, de manière générale, lorsqu'elles doivent faire face à une « trouble de la paix » (« *breach of the peace* »), notion qui semble être l'équivalente fonctionnelle du trouble à l'ordre public²⁷⁶⁹. Cette décision pose que le pouvoir que les forces de l'ordre tiennent du *common law* pour mettre fin à un trouble à l'ordre public dépend pour sa mise en œuvre du caractère imminent du trouble. L'imminence du trouble est le premier et nécessaire test autorisant toute intervention. Si ce trouble existe alors l'action préventive des autorités publiques doit être nécessaire, raisonnable et proportionnée²⁷⁷⁰.

881. Lorsque les libertés publiques sont en jeu, les autorités publiques sont astreintes à respecter une stricte proportionnalité. Comme dans la décision Benjamin, l'autorité publique ne peut répondre à une menace de trouble par une mesure d'interdiction ; elle doit au contraire mettre tout en œuvre pour contenir le trouble afin de favoriser l'exercice régulier des libertés publiques. Sans consacrer expressément un principe de proportionnalité, les juges sanctionnent les mesures d'interdiction incompatibles avec l'exercice d'une liberté publique²⁷⁷¹. Ainsi, Thomas Bingham déclare que « Plus l'ingérence dans les droits de l'homme sera substantielle, plus les tribunaux seront exigeants en termes de justification avant qu'ils soient satisfaits que la décision est raisonnable »²⁷⁷².

882. Le statut et l'existence d'un contrôle de proportionnalité sont discutés en doctrine. Mais le point qui fait débat est de savoir si la proportionnalité pourrait constituer un nouveau moyen à l'appui d'un recours. Traditionnellement en effet, les moyens à l'appui d'un recours

²⁷⁶⁷ V. R. v Coventry City Council Ex p. Phoenix Aviation [1995] C.L.C. 757. Traduction de : « But it is one thing to respond to unlawful threat's, quite another to submit to them—the difference, although perhaps difficult to define, will generally be easy to recognise. Tempting though it may sometimes be for public authorities to yield too readily to threats of disruption, they must expect the courts to review any such decision with particular rigour—this is not an area where they can be permitted a wide measure of discretion. As when fundamental human rights are in play, the courts will adopt a more interventionist role ».

²⁷⁶⁸ V. R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p Hook [1976] 3 All E.R. 452. Il avait été reproché au marchand d'avoir uriné dans la rue après la tenue du marché. Lord Denning avait affirmé dans cette affaire : « But there is one further matter; and that is that the punishment was too severe... there are old cases which show that the court can interfere by certiorari if a punishment is altogether excessive and out of proportion to the occasion... So in this case if Mr Hook did misbehave, I should have thought the right thing would have been to take him before the justices under the byelaws, when some small fine might have been inflicted. It is quite wrong that the corporation should inflict on him the grave penalty of depriving him of his livelihood. That is a far more serious penalty than anything the justices could inflict. He is a man of good character, and ought not to be penalised thus. On that ground alone, apart from the others, the decision of the corporation cannot stand ».

²⁷⁶⁹ V. la décision Laporte v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary [2007] 2 AC 105 et son commentaire dans la décision Moos & Anor, R (on the application of) v Police of the Metropolis [2011] EWHC 957 (Admin) (14 April 2011), spéc. §§7-8 (ces paragraphes analysent la décision Laporte comme étant le droit applicable à toute intervention de la police pour mettre fin à un trouble à l'ordre public).

²⁷⁷⁰ V. L'énoncé de ces trois règles se trouve dans le commentaire de Moos & Anor, R (on the application of) v Police of the Metropolis, préc., §12.

²⁷⁷¹ V. De Smith's Judicial Review, préc., p. 571, n° 11-060, 11-061.

²⁷⁷² V. R v Ministry of Defence ex p. Smith [1996] QB 517, spéc. 554E-G.

en judicial review sont l'illégalité, l'équité procédurale et l'irrationalité. Dans la décision *Brind*, les Lords Bridge et Roskill estimèrent que la proportionnalité pourrait devenir un nouveau moyen à l'appui d'un recours²⁷⁷³. Aujourd'hui avec l'entrée en vigueur de la loi sur les droits de l'homme de 1998, l'existence de ce moyen ne fait plus de doute.

883. La question de l'existence ou de la non-existence de ce moyen ou de ce principe doit être distinguée du problème du contrôle que les juges opèrent lorsqu'ils examinent une décision qui enfreint un droit ou impose une sanction. Paul Craig estime justement qu'un tel raisonnement est utilisé par les juges²⁷⁷⁴. Notamment en matière répressive, les tribunaux n'hésitent pas à intervenir lorsqu'ils considèrent qu'une punition est excessive pour l'annuler. C'est ce qu'affirme Lord Denning dans la décision *Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council ex p. Hook*²⁷⁷⁵ : « On trouve d'anciens jugements qui manifestent que la Justice peut intervenir pour annuler une décision si une punition est à la fois excessive et hors de proportion par rapport au motif qui l'a suscitée »²⁷⁷⁶.

On voit toutefois que, comme en France, les modalités du contrôle ne sont pas à la hauteur du contrôle de proportionnalité tel qu'il est à présent pratiqué. Les juges ne sanctionneront dans ce cadre que les peines et les mesures manifestement disproportionnées.

Les droits administratifs traditionnels anglais et français contrôlent donc l'interférence des mesures administratives dans l'exercice des libertés et garantissent que l'action de l'Administration soit en permanence conciliée avec les droits des administrés, censurant les mesures disproportionnées, d'interdiction par exemple, ou les peines manifestement sans rapport avec les faits, l'infraction.

Comment l'encadrement des cumuls de poursuites est-il organisé en France et au Royaume-Uni ?

2 — *L'encadrement du cumul de poursuites*

Comment le droit anglais aménage-t-il le cumul de poursuites et de peines ?

884. Ce principe n'est pas absolu en droit pénal anglais et sa portée a été singulièrement restreinte par une réforme récente qui permet, lorsque des indices nouveaux et irréfutables sont révélés, de remettre en question un acquittement²⁷⁷⁷.

885. Lorsque les poursuites sont exercées dans des ordres juridiques différents et visent des objectifs distincts, le cumul ne rencontre pas d'opposition. Il apparaît bien qu'en droit anglais, l'interdiction du cumul de poursuites et de sanctions ne s'applique pas lorsque celles-ci sont exercées dans des ordres juridiques distincts, car les objectifs de la répression ne sont pas les mêmes. Lord Diplock explique, dans des termes très proches des raisonnements des juges français, que « l'objectif des poursuites disciplinaires n'est pas de punir l'accusé une seconde

²⁷⁷³ *V. R. v Secretary of State for the Home Department Ex. p. Brind* [1991] 1 A.C. 696.

²⁷⁷⁴ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 624-625.

²⁷⁷⁵ *V. Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council ex p. Hook* [1976] 1 W.L.R. 1052.

²⁷⁷⁶ *V. Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council ex p. Hook* [1976] 1 W.L.R. 1052. Traduction de : « Now there are old cases which show that the court can interfere by certiorari if a punishment is altogether excessive and out of proportion to the occasion ».

²⁷⁷⁷ *V. Criminal Justice Act de 2010 (partie 3)*. V. A. Ashworth, M. Redmayne, *The criminal process*, Oxford, New York, Oxford University Press, 4^e éd., spéc. p. 397 suiv..

fois pour la même infraction ; il s'agit au contraire de protéger le public »²⁷⁷⁸. Le principe de non-cumul ne peut être interprété comme une règle stricte en droit anglais ; aussi n'interdit-il pas à une autorité administrative d'entamer des poursuites, même si cette personne a été acquittée par le juge pénal²⁷⁷⁹.

886. Toutefois, les tribunaux tentent d'aménager la rigueur de cette règle, mais, dans certaines affaires, jugent qu'ils n'interviendront qu'en cas de risque de mauvaise administration de la justice. Dans une affaire où un employé de la B.B.C. avait été licencié pour avoir dérobé des documents, celui-ci s'était vu poursuivre devant une instance disciplinaire et devant le juge pénal. Les juges considérèrent que « lorsqu'un employé est accusé d'avoir commis une infraction pénale et demande la suspension des poursuites disciplinaires dont il est aussi l'objet devant l'instance interne, cette instance devrait, si l'employé était susceptible de subir un préjudice et, à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons pour agir différemment, suspendre la procédure, une fois convaincu que l'employé pourrait subir un préjudice réel ; mais, les tribunaux n'interviendront pour inverser la décision de l'instance de continuer la procédure que dans des circonstances où cet employé aurait la possibilité de démontrer qu'une telle décision pourrait entraîner un échec de la justice dans le cadre du procès pénal »²⁷⁸⁰. Le cumul de procédures est donc de règle et il semble qu'il en soit de même en matière de cumul entre une action disciplinaire et une action civile, en responsabilité²⁷⁸¹. Des jugements établissent explicitement l'absence de règle de non-cumul dans le cadre de poursuites exercées dans des ordres juridiques différents²⁷⁸².

²⁷⁷⁸ V. Peter Ziderman v General Dental Council [1976] 1 W.L.R. 330 ; Regina (Redgrave) v Commissioner of Police of the Metropolis [2003] EWCA Civ 4, spéc. §38 : « There are two main reasons why the double jeopardy rule should not apply to tribunals even where they apply the criminal standard of proof. In the first place, it must be recognized that the character and purpose of the proceedings is entirely different(...). Secondly, however, and no less importantly, the material before the tribunal is likely to be different, in part because different rules of evidence are likely to apply and in part because judicial discretions may well be differently exercised—generally, less strictly in the disciplinary context where at least the accused's liberty is not at stake. It may also be that on occasions, as Mr Freeland suggests, witnesses will be readier to give evidence at disciplinary hearings held in private than in the full glare of open court proceedings ».

²⁷⁷⁹ V. Phillips, R (on the application of) v General Medical Council [2004] EWHC 1858 (Admin) (02 July 2004), § 37 : « There is no rule of law which prevents a disciplinary tribunal, (...), from investigating conduct which has been the subject matter of a trial and which has resulted in the acquittal at trial of, for example, a doctor of a criminal offence. (...) what is sometimes called the double jeopardy rule has no application as such a strict rule » (Mr Justice Newman). V. aussi Bhatt v General Medical Council [2011] EWHC 783 (Admin) (01 April 2011), § 33 suiv..

²⁷⁸⁰ V. Regina v British Broadcasting Corporation [1983] 1 W.L.R. 23. Traduction de : « That where an employee was charged with a criminal offence and applied for an adjournment of disciplinary proceedings before a domestic tribunal, the domestic tribunal should consider whether the employee would suffer prejudice and, unless there was good reason to the contrary, the tribunal should adjourn the proceedings if it was satisfied that the employee would suffer real prejudice; but that the court would only intervene and reverse a tribunal's decision to continue with the proceedings in circumstances where the employee could show that there was a real danger of a miscarriage of justice in the criminal proceedings and, since it had not been proved that there would be a miscarriage of justice at the trial if the domestic appeal was heard, the application failed (spéc. pp. 36A–B, 39B, H) ; V. aussi Archer v South West Thames Regional Health Authority ; A v Tayside Fire Board 2000 S.C. 232 ; R v Solicitors' Disciplinary Tribunal, ex parte Gallagher (unreported), 30 september 1991. V. B. Harris, A. Carnes, Disciplinary and Regulatory Proceedings, Jordan Publishing, 4th ed, n°7.27 suiv..

²⁷⁸¹ V. B. Harris, A. Carnes, Disciplinary and Regulatory Proceedings, Jordan Publishing, 4th ed, n°7.35 suiv. De l'aveu des auteurs l'état de la jurisprudence n'est pas tout à fait clair dans ce domaine.

²⁷⁸² V. R v Statutory Committee of the Pharmaceutical Society of Great Britain [1981] 2 All ER 805 (« That since the offence and findings of a disciplinary tribunal differed from those of a criminal court and such a tribunal was not a court of competent jurisdiction, the maxim *nemo debet bis puniri pro uno delicto* did not

887. Mais, le cumul de répressions disciplinaires concernant les mêmes faits est interdit. La jurisprudence a pu trouver deux fondements à cette interdiction : les notions d'abus de procédure et l'autorité de la chose jugée. Un cumul de répressions disciplinaires a ainsi été considéré par le Privy Council, comme illégal, car constituant un abus de procédure. Cette Cour jugea ainsi que l'engagement de deux procédures distinctes pour sanctionner les mêmes faits même si ces faits pouvaient recevoir des qualifications juridiques différentes dans la loi ne pouvait être justifié. Le Privy Council qualifie ce cumul d'abus de procédure disciplinaire²⁷⁸³. Une autre décision donne un fondement juridique distinct à cette règle, l'autorité de chose jugée²⁷⁸⁴. Un jugement de la Cour suprême montre que la technique de l'*estoppel* peut être utilisée pour prévenir le cumul de poursuites disciplinaires²⁷⁸⁵. L'*estoppel* recouvre un nombre important d'hypothèses, mais qui ont toutes pour effet d'interdire un requérant de soulever tel moyen, de produire telle preuve ou plus fondamentalement de poursuivre tels faits. Le respect de la chose jugée peut entraîner deux types d'*estoppels*, mais dans chaque cas, les parties au procès doivent être les mêmes : soit la chose jugée ne porte que sur un élément nécessaire (on parle alors de « *issue estoppel* ») ; soit elle porte sur l'ensemble de la requête, sur la cause du procès elle-même (on parle en anglais de « *cause of action estoppel* »). Dans les deux cas, l'élément jugé ou l'affaire en entier ne peuvent faire l'objet d'un nouveau jugement ou, ici, d'une nouvelle décision²⁷⁸⁶. La Cour suprême a ainsi jugé que les mêmes conséquences sont attachées à la décision d'un organe disciplinaire. Les juges n'ont pas vu d'objection à étendre la doctrine de l'autorité de la chose jugée aux procédures disciplinaires pourvu que les conditions d'invocation de cette doctrine soient réunies. Les juges relèvent d'abord que l'hypothèse présente concerne le cumul de poursuites par le même organe disciplinaire et non une hypothèse de cumul de poursuites pénale et administrative. Dans cette affaire, l'organe disciplinaire, même de nature administrative est

preclude the statutory committee from hearing and determining the complaints » (spéc., p. 893G–H)) ; Regina (Redgrave) v Commissioner of Police of the Metropolis [2003] EWCA Civ 4 (« Held that where the examining justices discharged a defendant under section 6 of the 1980 Act because there was not sufficient evidence to warrant a jury trial he was not thereby acquitted of the offence and, therefore, his discharge did not give rise to a plea of *autrefois acquit* or otherwise engage the double jeopardy rule; and that, further, where there was a decision of a criminal court the double jeopardy rule had no application save in relation to other courts of competent jurisdiction and, therefore, a decision of a criminal court was no bar to the bringing of disciplinary proceedings in respect of the same charge » (spéc., §§ 27, 28, 37, 48 – 49)) ; Dr. Bright Selvadurai Selvarajan v General Medical Council [2008] EWHC 182 (Admin), spéc. §12.

²⁷⁸³ V. Harry Lee Wee v Law Society of Singapore [1985] 1 W.L.R. 362 : « Held, allowing the appeal, that both disciplinary proceedings resulted from the same conduct by the solicitor, and although the professional misconduct in the first proceedings came within section 84(2)(b) of the Legal Profession Act and in the second proceedings within section 84(2)(a) there was not sufficient distinction between the two complaints to justify separate disciplinary proceedings; that for the second proceedings to be brought after the first was an abuse of the disciplinary process which the court had an inherent Jurisdiction to restrain; and that, accordingly, the order made in the second disciplinary proceedings suspending him from practising as an advocate and solicitor of the Supreme Court for two years would be set aside » (spéc., pp. 368D–F, 369H–370A)

²⁷⁸⁴ V. Regina (Coke-Wallis) v Institute of Chartered Accountants in England and Wales [2011] UKSC 1.

²⁷⁸⁵ V. R. (on the application of Coke-Wallis) v Institute of Chartered Accountants in England and Wales [2011] UKSC 1.

²⁷⁸⁶ V. Halsbury's Laws of England, Estoppel, vol. 16, n° 953 : « The line between *cause of action estoppel* and *issue estoppel* is not always clear cut. (...) If a claim has been explicitly determined in previous concluded proceedings between the same parties, that claim cannot be raised again, other than on an appeal, unless there is fraud or collusion. If a necessary element of a claim has been explicitly determined in previous concluded proceedings between the same parties, that issue cannot be raised again, if, as is likely but not inevitable, it would be an abuse to raise that issue again; this may also extend to an implicitly necessary element of the previous determination ».

considéré, pour l'application de cette théorie, comme un organe juridictionnel²⁷⁸⁷, car il est doté de la compétence légale pour trancher le litige entre les parties en question, par une décision définitive portant sur l'ensemble de ce litige. Or, les parties à la seconde procédure étant les mêmes et celle-ci portant sur les mêmes faits et la même qualification légale, la technique de l'*estoppel* peut être invoquée et empêcher le cumul de poursuites à raison des mêmes faits.

888. Par conséquent, lorsque le cumul de poursuites concerne le même organe, les mêmes parties et les mêmes faits, ce n'est pas le principe *non bis in idem*, mais la technique de l'*estoppel* qui permet d'éviter le cumul de poursuites. L'application de l'autorité de la chose jugée peut sembler étrange au juriste français, mais c'est, en l'absence de doctrine de remplacement, la manière dont les juges anglais ont attaché une autorité définitive aux décisions administratives, à la manière de ce que l'on appellerait en France l'autorité de chose décidée. Car les juges n'attachent pas l'ensemble des conséquences de l'autorité de chose jugée à la décision administrative, ils refusent ainsi, en cas de non-respect d'une décision administrative, d'appliquer la sanction du « contempt of court », sanction qui s'attache normalement aux décisions revêtues de cette autorité²⁷⁸⁸.

La même situation se retrouve donc en France : légalité des cumuls dans des ordres juridiques différents, illégalité lorsque le cumul a lieu, pour les mêmes faits, dans l'ordre administratif.

Traditionnellement, les droits administratifs français et anglais encadrent de manière similaire l'intensité de la mesure qui affecte les droits des administrés. Les juges sont assez réticents à exercer un plein contrôle de proportionnalité en dehors des mesures qui affectent une liberté publique ; aussi, le prononcé des sanctions n'est-il encadré qu'en cas de disproportion manifeste. De même le principe de non-cumul des poursuites et des peines est interprété de manière semblable. Alors que les droits administratifs de part et d'autre de la Manche acceptent le cumul lorsque les poursuites s'exercent dans des ordres juridiques différents ; ils sont sensibles à prévenir, mais pour des raisons juridiques différentes, le cumul de poursuites par la même personne publique.

Qu'en est-il à présent de la manière dont les droits administratifs français et anglais interprètent le principe de personnalité des peines ?

II — Le principe de personnalité des peines

Le principe de personnalité gouverne l'infliction des peines en droit administratif. On étudiera successivement l'état du droit en France (A) puis au Royaume-Uni (B).

²⁷⁸⁷ V. *Thrasivoulou v Secretary of State for the Environment* [1990] 2 AC 273. Lord Bridge affirme : « The doctrine of res judicata rests on the twin principles which cannot be better expressed than in terms of the two Latin maxims 'interest reipublicae ut sit finis litium' and 'nemo debet bis vexari pro una et eadem causa.' These principles are of such fundamental importance that they cannot be confined in their application to litigation in the private law field. They certainly have their place in criminal law. In principle they must apply equally to adjudications in the field of public law. In relation to adjudications subject to a comprehensive self-contained statutory code, the presumption, in my opinion, must be that where the statute has created a specific jurisdiction for the determination of any issue which establishes the existence of a legal right, the principle of res judicata applies to give finality to that determination unless an intention to exclude that principle can properly be inferred as a matter of construction of the relevant statutory provisions ». (p. 289).

²⁷⁸⁸ V. sur ce point les dév. et les critiques de cette jurisprudence in H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 204 suiv..

889. En droit pénal français, explique Bernard Bouloc, « la responsabilité pénale est une responsabilité purement personnelle », ce qui signifie qu'« en principe, aucune poursuite pénale ne peut être exercée, aucune condamnation à une peine ne peut être prononcée contre une personne qui n'a été ni l'auteur, ni le coauteur ni le complice d'une infraction »²⁷⁸⁹. Ce principe connaît néanmoins des exceptions lorsque le législateur décide de punir une personne à raison de son appartenance à un groupe ou un chef d'entreprise pour les faits de ses salariés ou de ses préposés²⁷⁹⁰. Mais, ces exceptions ne privent pas de caractère général ce principe de personnalité des peines, qui distingue ainsi la responsabilité pénale de la responsabilité civile et de la responsabilité administrative.

890. Qu'en est-il en droit administratif français ? Ce principe a toute sa place en droit administratif et Jacques Mourgeon explique qu'il repose sur deux fondements distincts²⁷⁹¹ : d'une part l'obligation qui pèse sur l'Administration de procéder à un examen particulier de chaque affaire, et de motiver sa décision en fonction de ces circonstances particulières ; d'autre part, le principe de personnalité des peines s'applique en tant que tel à la répression administrative et interdit à l'Administration de punir une personne qui n'est pas l'auteur de l'infraction²⁷⁹².

891. Malgré ce double fondement, l'ancienneté et la constance de la reconnaissance de ce principe, celui-ci n'en connaît pas moins certaines exceptions. Il connaît d'abord le cas des coauteurs, lorsque plusieurs personnes sont coupables de la même infraction — ce qui ne peut être considéré comme une atteinte au principe de personnalité — ainsi que le cas de complicité — ce qui, dans ce cas, atténue le principe de personnalité, sans toutefois l'atteindre complètement²⁷⁹³. Le droit administratif répressif connaît néanmoins des cas de responsabilité

²⁷⁸⁹ V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., p. 305, n° 345 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 333.

²⁷⁹⁰ V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., p. 306, n° 346.

²⁷⁹¹ V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., p. 332, n° 231.

²⁷⁹² V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, préc., p. 71 ; M. Deguerge, « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA* 2001 p. 81 ; J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., p. 332, note 67 qui cite les arrêts suivants : « C.É., 20 octobre 1950, Époux Bonapace, Recueil Lebon p. 507 (la sanction du retrait de naturalisation ne peut être prononcée à l'encontre du conjoint du coupable) ; C.É., 2 mars 1949, Musati, Recueil Lebon tables p. 721 (avoir des intérêts dans une entreprise ayant travaillé pour l'ennemi ne justifie pas une sanction d'épuration, tant que l'on n'est pas soi-même coupable de collusion avec l'ennemi) ; C.É., 8 janvier 1954, dame Llouquet, R.D.P. 1954.504, note Waline (le propriétaire d'un fonds ne peut être puni de l'infraction commise par son locataire), Marcel Waline note à cette occasion qu'il ne saurait y avoir de responsabilité du fait d'autrui en droit administratif répressif, à moins d'un texte en disposant autrement ; C.É., 8 juillet 1949, Dame veuve Goudoulin, Recueil Lebon p. 336 (confiscation de l'armagnac de la Dame en question pour un délit commis par une autre personne) ; C.É., 29 février 1952, min. de la Santé publique c. Marcellet, Recueil Lebon p. 142 (un pharmacien ne peut être puni des infractions commises par son assistant ; mais il peut être puni d'un défaut de surveillance de son assistant) ; C.É., 18 novembre 1959, min. des Aff. écon. c. Grawitz, D. 1960.47, note F.M. (le « principe de la personnalité des peines » est expressément affirmé à propos d'une sanction administrative en matière économique ; cela signifie que le principe de la personnalité de l'infraction s'applique également) » ; Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697, *JurisData* n° 2000-061571, *Semaine juridique JCP E — édition Entreprise et affaires*, 2001, 20 jurisprudence 1609, note A. Rey Grobelle ; Recueil Dalloz 2001 20 ; M. Guyomar, P. Collin, « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », *AJDA* 2000 p. 997.

²⁷⁹³ V. sur ces deux points J. Mourgeon, *La répression administrative*, pp. 333 et 334. Sur la notion de coauteur, il cite notamment Conseil d'État, 22 mai 1946, Sieur L... et autres, *Droit social* 1947.263, concl. Lefas (« la responsabilité des dirigeants d'une personne morale peut être engagée au même titre et dans les mêmes

du fait d'autrui, soit en vertu des textes, soit de la jurisprudence qui a pu reconnaître par exemple la responsabilité du commettant pour les faits de son subordonné²⁷⁹⁴. On verra que c'est en réalité récemment, dans le cas de la responsabilité des personnes morales que ce principe connaîtra une véritable autonomie en droit administratif répressif.

En conséquence, le principe de personnalité des peines est bien un principe de droit administratif répressif qui connaît néanmoins, comme en droit pénal d'ailleurs, des aménagements. Qu'en est-il en droit administratif anglais ?

B — Le principe de personnalité des peines en droit administratif anglais

892. En droit pénal anglais, le principe de personnalité est aussi reconnu et connaît des aménagements, si bien qu'un citoyen peut être reconnu pénalement responsable des actes d'un autre (un employeur pour les actes de ses employés par exemple)²⁷⁹⁵. En droit administratif, dans le cadre de procédures disciplinaires, le principe de personnalité peut être interprété de manière très souple. De nombreux cas de responsabilité pour le fait d'autrui dans le cadre de poursuites disciplinaires sont donnés en exemple par Brian Harris²⁷⁹⁶ : un médecin ayant des responsabilités managériales concernant un service n'a pas pris les mesures nécessaires pour remédier à un taux élevé de mortalité dans ce service²⁷⁹⁷ ; un autre, associé dans une clinique, laquelle se rendait coupable d'infractions à la législation sur la publicité²⁷⁹⁸ : dans les deux cas, les juges ont accepté que ces médecins puissent être poursuivis pour faute professionnelle. Dans ces deux cas, ils ne sont pas à l'origine des infractions, mais leurs obligations professionnelles les rendent responsables. Ces exemples ne peuvent donc être adéquatement cités comme des exemples de responsabilité pour fait d'autrui comme le fait Brian Harris, car ces personnes sont d'abord coupables d'un manquement à leurs obligations professionnelles. En revanche, le droit anglais connaît aussi des cas de responsabilité des commettants pour les fautes de leurs préposés : un avocat ne peut se disculper en confiant la responsabilité de tenir ses comptes à un comptable, il doit être tenu pour responsable des agissements de ce dernier²⁷⁹⁹. Au contraire, la responsabilité de partenaires salariés pour les agissements de leurs supérieurs ne peut être recherchée, car les premiers n'étaient pas dans une position de pouvoir influencer la politique de l'entreprise²⁸⁰⁰.

conditions que celle de la personne morale au nom de laquelle ils ont agi, lorsqu'ils ont pris, en pleine connaissance de cause (...) une part active et personnelle à la perpétration de l'infraction ») ; Conseil d'État, 2 novembre 1951, Époux Giniès, Recueil Lebon p. 513 (certaines des infractions avaient été commises par le fils des requérants, cette circonstance ne fait pas obstacle à l'infliction de la sanction) ; sur la complicité J. Mourgeon cite Conseil d'État, Ass., Sect., 26 février 1965, Sieur Romani et demoiselle Fraggi, n° 64.622, n° 64.643, n° 65.828 : cet arrêt ne reconnaît la notion de complice qu'en creux, le juge se contentant de constater que comme l'autorité administrative ne pouvait « identifier tous les candidats qui, soit comme auteurs principaux, soit comme complices, avaient bénéficié de cette fraude, ni, par suite, engager contre chacun d'eux la procédure disciplinaire », elle pouvait à bon droit annuler l'examen. La notion de complice est surtout envisagée par les textes.

²⁷⁹⁴ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 336, note 81 : Conseil d'État, 29 février 1952, ministre de la Santé, Recueil Lebon p. 142.

²⁷⁹⁵ V. J. Herring, Criminal Law, préc., p. 93.

²⁷⁹⁶ V. B. Harris, Disciplinary and Regulatory Proceedings, préc., n° 1.19-1.20.

²⁷⁹⁷ V. Roylance v General Medical Council (No.2) [2000] 1 A.C. 311.

²⁷⁹⁸ V. Parviz Faridian v General Medical Council [1970] 3 W.L.R. 1065.

²⁷⁹⁹ V. In re A Solicitor [1972] 1 W.L.R. 869.

²⁸⁰⁰ V. Sharp v The Law Society of Scotland 1984 S.C. 129.

Conclusion du § 1

Le principe de personnalité est donc interprété de manière souple en droit administratif répressif afin de pouvoir sanctionner les personnes qui, sans être directement responsables des faits reprochés, exerçaient un pouvoir qui les mettait dans une position de prévenir les agissements ou au contraire qui a pu bénéficier des agissements des personnes placées sous son autorité.

Le droit administratif répressif encadre aussi la manière dont la décision intervient dans le temps.

§ 2 — Les garanties substantielles liées à l'intervention de la décision dans le temps

L'intervention de la décision disciplinaire est aussi contrainte par des aspects temporels. Ces aspects temporels nécessitent d'étudier la portée du principe de non-rétroactivité en droit administratif anglais et français (I) avant d'analyser les éventuelles règles de prescription, d'extinction des procédures sous l'effet du temps (II).

I — L'intervention de la décision dans le temps : le principe de non-rétroactivité

Quelle est la portée du principe de non-rétroactivité en droit français (A) et en droit anglais (B) ?

A — Le principe de non-rétroactivité en droit français

893. La rétroactivité d'un acte juridique a été définie par Jacques Petit comme l'« application d'une règle nouvelle à une situation constituée avant la date normale ou différée de son entrée en vigueur ». Cette définition mobilise donc deux critères qui définissent la rétroactivité : la « mise en vigueur anticipée »²⁸⁰¹ d'une règle ou pour utiliser la définition de Gweltaz Éveillard une anticipation de la date d'applicabilité sur la date d'observabilité²⁸⁰², et son application à une situation constituée.

894. L'interdiction de la rétroactivité de la norme est un principe général en droit civil²⁸⁰³ et pénal²⁸⁰⁴, il a été érigé par le Conseil d'État en principe général du droit²⁸⁰⁵ si bien que

²⁸⁰¹ V. J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 195, 2002, spéc. pp. 93 suiv..

²⁸⁰² G. Éveillard définit la rétroactivité comme « une anticipation de la date d'applicabilité par rapport à la date d'observabilité, la première marquant alors l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, d'autre part comme l'applicabilité de la loi aux situations constituées au jour de la publication de la loi ». L'observabilité désigne le moment où la règle devient obligatoire pour ses destinataires tandis que l'applicabilité détermine le champ temporel des faits soumis à la norme. V. G. Éveillard, Les dispositions transitoires en droit public français, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 62, 2007, n° 278 et 76, 78.

²⁸⁰³ V. Code civil, art. 2, « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

²⁸⁰⁴ V. Code pénal, art. 112-1, « Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas

l'Administration ne « peut décider que pour l'avenir »²⁸⁰⁶, aussi, comme l'explique René Chapus, « les autorités administratives ne peuvent dès lors fixer l'entrée en vigueur de leurs décisions, réglementaires ou non à une date antérieure à celle de leur publication ou affichage ou de leur signature ou notification ou de leur transmission à l'autorité de tutelle »²⁸⁰⁷. Mais ce principe n'exclut pas que l'acte ait un effet immédiat, c'est-à-dire qu'il s'applique aux situations en cours ou à venir²⁸⁰⁸ et non aux situations constituées.

895. En droit répressif à présent, la règle applicable est celle qui est en vigueur, observable, à la date de l'infraction. La compréhension de l'état du droit en matière répressive doit donc distinguer deux situations, selon que l'infraction en cause est une infraction instantanée ou continue. Dans le second cas, dans les différentes espèces en présence, le Conseil d'État ne censurerait pas l'application immédiate d'un texte nouveau à une infraction en cours au moment de l'édiction du nouveau texte d'incrimination²⁸⁰⁹ ; en revanche, il annulait les sanctions produisant des effets avant leur entrée en vigueur, appliquant un principe général de droit administratif²⁸¹⁰.

896. Mais qu'en est-il en matière d'infractions instantanées, lesquelles voudraient qu'on leur applique les textes en vigueur au moment de leur commission ? Dans ce cas, le Conseil d'État n'a pas toujours exclu la rétroactivité. La jurisprudence admettait qu'une mesure répressive pût être prononcée pour des faits antérieurs à l'époque à laquelle la loi était devenue applicable au requérant, Marcel Waline soulignant à cet égard que « l'une des conséquences traditionnellement admises de l'autonomie du droit disciplinaire par rapport au droit pénal est précisément que la règle *nulla poena, nullum crimen sine lege* ne s'applique pas en droit disciplinaire. Or, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales n'est qu'un corollaire de cette règle [...]. Il est donc normal que la jurisprudence n'applique pas au droit disciplinaire le principe de la non-rétroactivité des lois pénales »²⁸¹¹. Et Marcel Waline d'ajouter ensuite : « Ce qui, en revanche, serait illégal (mais c'est tout différent), ce serait de donner un effet rétroactif, à la mesure disciplinaire »²⁸¹². Jacques Mourgeon estime que, malgré l'apparence de rétroactivité qui règne en matière de répression administrative, le juge administratif aurait changé ensuite de position, adoptant ainsi une conception plus stricte et plus proche du juge pénal de la non-rétroactivité,²⁸¹³ mais au prix, dit-il, d'une conception originale de l'infraction continue. Jacques Petit a parfaitement explicité ce point. La jurisprudence administrative met en effet en présence de nombreuses fautes disciplinaires des fonctionnaires pour lesquelles,

donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

²⁸⁰⁵ V. Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Recueil Lebon p. 289 (Gaz. Pal. 1948.2.7, concl. Letourneur ; S. 1948.3.69, concl. Letourneur ; D. 1948.437, note M. Waline ; JCP 1948.II.4427, note Mestre).

²⁸⁰⁶ V. P.-L. Frier, J. Petit, Précis de droit administratif, préc., p. 307, n° 518.

²⁸⁰⁷ R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, préc., n° 1336.

²⁸⁰⁸ V. G. Éveillard, Les dispositions transitoires en droit public français, préc., p. 200 suiv., spéc. n° 268.

²⁸⁰⁹ V. aussi sur ce point J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., pp. 406-407.

²⁸¹⁰ V. par ex. Conseil d'État, 4 février 1949, Muckensturm, Recueil Lebon, tables p. 718.

²⁸¹¹ V. Conseil d'État, Sect., 27 mars 1936, Bony, D. 1938.3.34, note M. Waline (spéc. p. 36), concl. M. Renaudin ; 20 février 1920, Durand, Recueil Lebon, p. 192.

²⁸¹² V. Conseil d'État, 22 novembre 1918, Driat, Recueil Lebon p. 1046 : « Cons. qu'en l'absence de tout texte législatif ou réglementaire l'y autorisant il n'appartenait pas au ministre de l'Agriculture de donner à la mesure prise envers le sieur Driat, un effet rétroactif ; qu'ainsi la disposition de l'arrêté du 16 janv. 1913 portant que cet article produirait son effet à compter du 1er janvier précédent est entachée d'excès de pouvoir » ; 28 nov. 1924, Jouzier, Recueil, p. 955

²⁸¹³ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 354.

les principes du droit répressif voudraient qu'on n'applique les textes d'incrimination qu'aux fautes commises à partir du moment où ces personnes rentrent dans l'institution. Or, la jurisprudence n'exclut pas et au contraire accepte l'application des textes à des actes commis avant l'entrée en fonction du fonctionnaire. Ces actes sont donc « incriminés sur le fondement de règles qui n'étaient pas applicables au moment de leur accomplissement »²⁸¹⁴. Mais le fondement de cette jurisprudence repose autant sur une conception originale de l'infraction continue — qui en fait en quelque sorte une infraction permanente —, que sur le but de la répression. Comme en matière de police pour laquelle le juge administratif accepte la rétroactivité de la loi ; en matière disciplinaire, la nécessité d'assurer l'ordre dans l'institution enlève son caractère répressif à l'action administrative et autorise la rétroactivité²⁸¹⁵.

De même, estime Jacques Mourgeon, la règle de rétroactivité *in mitius* ne s'applique pas en droit administratif répressif²⁸¹⁶. On trouve toutefois une décision où le Conseil d'État reconnaît cette possibilité en affirmant l'absence d'intérêt d'un fonctionnaire à contester une sanction rétroactive moins sévère²⁸¹⁷. Mais, comme le montre Jacques Petit, la jurisprudence du Conseil d'État est, sur ce point, « ambivalente »²⁸¹⁸, tant le caractère de sanction de certaines mesures a mis longtemps à s'affirmer, notamment en matière fiscale.

Qu'en est-il à présent en droit anglais ?

B — Le principe de non-rétroactivité en droit anglais

897. Le problème ne reçoit pas de traitement élaboré en droit administratif anglais. La doctrine juridique définit la rétroactivité comme étant « l'effet d'une norme qui modifie le droit applicable avant son entrée en vigueur ou qui modifie les conséquences juridiques d'une transaction ou d'une conduite accomplies avant son entrée en vigueur ou, enfin, qui confère à une personne le pouvoir de donner à son action des effets rétroactifs »²⁸¹⁹. Pour Wade et Forsyth, « en l'absence d'autorisation législative les règlements d'exécution de la loi ne peuvent avoir d'effet rétroactif — particulièrement si une sanction pénale est imposée »²⁸²⁰.

²⁸¹⁴ V. J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., p. 407, n° 844.

²⁸¹⁵ Dans l'arrêt Bonny préc. le commissaire Renaudin plaidait d'ailleurs pour le caractère non pénal de la mesure. V. aussi les concl. du commissaire Rivet citées par J. Petit (Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., p. 407, note 144).

²⁸¹⁶ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 118, note 137 (Conseil d'État, 11 juillet 1952, Société Robert Brousse et fils, Recueil Lebon p. 373, l'arrêt rétablissant la liberté des prix « n'était pas en vigueur à la date où l'infraction retenue a été commise et ne pouvait être appliqué rétroactivement aux faits litigieux » ; 11 février 1953, Société Enduitoit et Sieur Coutellier, Recueil tables p. 633 ; 4 décembre 1953, Sarra, Recueil Lebon p. 529 où le juge écarte l'application d'une loi d'amnistie postérieure à l'intervention de la décision).

²⁸¹⁷ V. Conseil d'État, 13 mai 1949, Diehl, recueil Lebon tables p. 718 : « un fonctionnaire est sans intérêt à critiquer la rétroactivité d'une mesure d'épuration prononcée contre lui dès lors que ladite mesure est substituée à une sanction plus sévère dont il avait précédemment été frappé ». J. Petit cite une jurisprudence de 1997 qui revient sur cette solution. V. J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., n° 524.

²⁸¹⁸ V. J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., n° 497.

²⁸¹⁹ V. Halsbury's Laws of England, Statutes, vol. 44(1), n° 1284. Traduction de : « The effect of an enactment is said to be retrospective when (1) it changes the relevant law with effect from a time earlier than the enactment's commencement; or (2) it otherwise alters the legal incidents of a transaction or other conduct effected before its commencement; or (3) it confers on any person a power to act with retrospective effect. An enactment is not retrospective, however, merely because a part of the requisites for its action is drawn from a time before it was passed. Where an enactment is intended to be retrospective it applies to pending actions ».

²⁸²⁰ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 747 ; Paul Craig ne traite la question qu'en rapport avec le principe de confiance légitime (P. Craig, Administrative Law, préc., p. 648).

En principe les juges interprètent la loi de manière à ne pas lui donner d'effet rétroactif²⁸²¹, surtout en matière pénale²⁸²².

898. Certaines décisions manifestent la manière dont les juges de *common law* analysent ce problème en matière administrative. Une décision *In re A Solicitor's Clerk* concernait le cas d'un employé condamné pour vol en 1953. En 1956, à la faveur d'un changement de la législation la Law Society émit un arrêté interdisant à tout avocat d'employer cette personne sans son autorisation. Lord Goddard affirme d'abord que les juges doivent se défendre d'interpréter la loi de manière à lui donner un effet rétroactif à moins que celle-ci n'en dispose ainsi expressément²⁸²³ ; il estima ensuite que cette loi n'avait pas d'effet rétroactif, « elle autorise pour l'avenir l'édition d'un arrêté afin d'empêcher un individu d'exercer les fonctions d'employé dans un cabinet d'avocats, et ce qui s'est passé autrefois est la cause ou la raison de la prise de cet arrêté, mais l'arrêté n'a pas d'effet rétroactif ». Pour Lord Goddard « l'arrêt aurait un effet rétroactif si la loi disposait que tout fait perpétré avant l'entrée en vigueur de la loi ou la prise de l'arrêté était nul ou annulable, ou si une peine était infligée pour avoir agi d'une certaine manière avant que la loi ou l'arrêté n'entre en vigueur ». Or, pour le même juge, cet arrêté ne remet pas en question la situation de l'employé avant l'entrée en vigueur de la loi²⁸²⁴. D'autres décisions manifestent aussi qu'en droit anglais, les instances disciplinaires peuvent prendre en compte des infractions commises avant l'entrée dans l'institution²⁸²⁵ pour décider de poursuites disciplinaires.

899. Il semble donc que la situation en droit administratif anglais et français soit assimilable, concernant la rétroactivité. Les actes administratifs ne peuvent produire des effets avant leur entrée en vigueur ; en revanche, rien ne s'oppose à ce qu'ils s'appliquent immédiatement à des infractions continues et la matière disciplinaire peut justifier la prise en compte

²⁸²¹ V. *Blyth v Blyth* [1966] 2 W.L.R. 634.

²⁸²² V. *Waddington v Miah* (otherwise *Ullah*) [1974] 1 W.L.R. 683. La loi doit en disposer clairement ainsi. Pour des ex. de lois pour lesquels le législateur en dispose ainsi : V. D. A. Thomas, « Incorporating the European Convention on Human Rights; It's Impact on Sentencing », in *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, J. Beatson, C. Forsyth, I. Hare (dir.), Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 1999, spéc. pp. 86-87. V. A. P. Le Sueur, J. W. Herberg, *English, Principles of public law*, Routledge, 1999, spéc. chap. 22., spéc. pp. 431 suiv..

²⁸²³ V. aussi *L'Office Cherifien des Phosphates Unitramp SA v Yamashita-Shinnihon Steamship Co Ltd* (The *Boucraa*) [1994] 1 A.C. 486 ; *Yew Bon Tew v Kendaraan Bas Maria* [1983] 1 A.C. 553 (« Apart from the provisions of the interpretation statutes, there is at common law a prima facie rule of construction that a statute should not be interpreted retrospectively so as to impair an existing right or obligation unless that result is unavoidable on the language used. A statute is retrospective if it takes away or impairs a vested right acquired under existing laws, or creates a new obligation, or imposes a new duty, or attaches a new disability, in regard to events already past »).

²⁸²⁴ V. *In re A Solicitor's Clerk* [1957] 1 W.L.R. 1219 : « But in my opinion this Act is not in truth retrospective. It enables an order to be made disqualifying a person from acting as a solicitor's clerk in the future and what happened in the past is the cause or reason for the making of the order, but the order has no retrospective effect. It would be retrospective if the Act provided that anything done before the Act came into force or before the order was made should be void or voidable, or if a penalty were inflicted for having acted in this or any other capacity before the Act came into force or before the order was made. This Act simply enables a disqualification to be imposed for the future which in no way affects anything done by the appellant in the past. Accordingly, in our opinion, the committee had jurisdiction to make the order complained of and the appeal fails ».

²⁸²⁵ V. *R. (on the application of L) v Prosthetists and Orthotists Board* [2001] EWCA Civ 837 : « Held, dismissing the appeal, that the disciplinary committee was entitled to investigate pre registration conduct. Such consideration did not amount to giving the legislation retrospective effect but rather amounted to a consideration of past conduct as impacting upon the continuance of future registration. It was clear that the committee was entitled to consider past conduct that had occurred prior to registration but which had resulted in a criminal conviction post registration ».

d'infractions passées. Le droit administratif français a, d'après Jacques Mourgeon, évolué sur ce point, se rapprochant du droit pénal.

Les droits anglais et français prévoient-ils des règles spécifiques concernant la prescription ?

II — L'influence du temps sur la décision : la prescription

900. En droit anglais, il n'y a, en l'absence de texte, aucune règle de prescription qui s'impose²⁸²⁶, comme en droit administratif français²⁸²⁷. La règle de l'imprescriptibilité de l'action répressive en droit administratif — à moins qu'un texte n'en dispose autrement — est ancienne et bien établie en droit administratif français. Lorsqu'un texte prévoit la prescription de cette action, les actes de poursuite et d'instruction l'interrompent²⁸²⁸.

Conclusion du Chapitre I

En droit administratif anglais et français classique existait une conception commune des principes substantiels gouvernant l'action administrative répressive. Le principe de proportionnalité, le contrôle du cumul de poursuites et de peines n'avaient qu'une portée somme toute limitée. De même si le principe de non-rétroactivité existait, il n'avait pas la

²⁸²⁶ V. B. Harris, *Regulatory and Disciplinary Proceedings*, préc., p. 6, n°1.12.

²⁸²⁷ V. J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., p. 356, n° 253 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, préc., p. 288, n° 517. Il faut donc, pour qu'une règle de prescription d'applique, un texte qui la prévoit. Cependant, lorsque l'infraction administrative constitue aussi une infraction correctionnelle, le juge administrative a pu considérer que la règle de prescription établie pour la seconde pouvait s'appliquer à la première (Conseil d'État, 12 février 1962, Percy du Sert, RDP 1962, p. 1174, note Waline, spéc. pp. 1175-1177).

²⁸²⁸ V. les ex. donnés par J. Mourgeon, *La répression administrative*, préc., spéc. p. 361. Le Conseil d'État a reconnu la caractère interruptifs de procès-verbaux (Conseil d'État, 29 avril 1960, Lemmou, A.J.D.A., 1961.II.94), d'avis formulés par l'Administration et informant la personne poursuivie des actions engagées contre elle (Conseil d'État, 29 avril 1960, Sieur Lemmou, A.J.D.A., 1961.II.94), l'annulation d'une décision par le juge (Conseil d'État, 12 février 1962, Percy du Sert, RDP 1962, p. 1174, note Waline) ou encore la décision de sanction elle-même (Conseil d'État, 12 février 1962, Percy du Sert, RDP 1962, p. 1174, note Waline), etc.. Lorsque les poursuites disciplinaires sont engagées par une personne publique soumise au code du travail, c'est le régime de prescription des poursuites prévu par ce texte qui s'applique, à moins que le statut de la personne publique en question ou les missions de service public n'y fassent obstacle. Mais le Conseil d'État applique au régime de la prescription, même issu du droit privé, les mêmes solutions que dans les arrêts précédemment cités. Le Conseil d'État considère ainsi dans cet arrêt que « la prescription de deux mois mentionnés à l'article L. 122-44 du code du travail est interrompue par l'engagement des poursuites disciplinaires », solution somme toute traditionnelle au regard des arrêts précédemment mentionnés. Le juge précise ensuite, encore dans le continuité de l'arrêt Percy du Sert, que « la suspension provisoire de fonctions, prévue par les dispositions de l'article 239 du statut du personnel de la Banque de France relatives à la discipline, constitue un engagement de la procédure disciplinaire pour l'application de l'article L. 122-44 du code du travail ; que par suite, si la cour administrative d'appel de Marseille a pu juger à bon droit, compte tenu de l'annulation de la première sanction pour vice de procédure, que le cours de la prescription avait repris à compter de la notification de son arrêt du 30 mai 2000 annulant la première sanction infligée à M. A, elle ne pouvait, toutefois, sans erreur de droit, juger que la suspension de fonctions, prononcée à son encontre après la notification de cet arrêt, ne pouvait être regardée comme susceptible d'interrompre ce nouveau délai ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la Banque de France est fondée à demander l'annulation de l'arrêt du 18 mars 2008 de la cour administrative d'appel de Marseille » (Conseil d'État, 11 mars 2011, Banque de France, n° 316412, mentionné aux tables, AJDA, 2011, p. 1047).

même portée qu'en droit pénal. Le droit administratif français aurait changé de position par la suite d'après Jacques Mourgeon pour adopter une approche plus proche du droit pénal.

De même, aucune règle de prescription n'existe, en l'absence de textes, dans ces deux pays.

Le droit administratif fournit donc, tant du point de vue procédural que substantiel, un socle de principes communs qui aurait pu constituer la source d'une pratique contentieuse commune. Les juges sont en effet sensibles, dans les deux pays, à l'autonomie de la répression administrative, aux motifs de l'action administrative, lesquelles justifient une application moins rigoureuse des principes du droit pénal.

À cette communauté s'ajoute la similitude des sources externes gouvernant la fonction contentieuse de l'Administration et qui plaiderait encore davantage pour un rapprochement des régimes de la fonction contentieuse de l'Administration.

CHAPITRE II — LA SIMILITUDE DES SOURCES EXTERNES

Les sources externes du régime de la fonction contentieuse des autorités sectorielles sont de deux types, qui présentent d'ailleurs des recoupements : il s'agit d'abord du droit de l'Union européenne et ensuite de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le droit de l'Union européenne influence le régime de la fonction contentieuse de deux manières, l'une positive, l'autre négative : il s'assure, d'une part, de l'effectivité de ce droit, aussi les sanctions doivent-elles être suffisamment dissuasives pour assurer son application effective — sachant qu'il faut ici entendre le terme sanction de manière large, comme l'ensemble des moyens visant à l'exécution des obligations européennes, si bien qu'à cet égard le règlement des différends obéit à ce régime, lorsqu'il a sa source en droit de l'Union européenne — ; mais, malgré cet accent mis sur l'efficacité, il n'en confère pas moins des protections aux particuliers.

Le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme lui, est un droit essentiellement protecteur qui attribue un certain nombre de droits aux Européens, opposables à la puissance publique dans l'exercice de la fonction contentieuse. L'exposé sera à ce stade encore très général puisque nous étudierons dans le détail les protections de ce texte lors de l'examen de l'utilisation différenciée de cette Convention en France et au Royaume-Uni.

Ce qu'il est important de montrer à ce stade est que ces deux séries de sources confèrent un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales. C'est précisément l'existence de cette marge d'appréciation qui permettra de montrer ensuite l'évolution des modèles nationaux de fonction contentieuse vers deux modèles distincts et, surtout, que cette évolution procède de logiques internes, le droit international ne servant que de levier pour révéler des potentialités qui étaient déjà présentes dans les droits administratifs nationaux.

*

Section 1 — L'ambivalence du droit de l'Union européenne sur l'exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation

Section 2 — Les protections différées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

*

Section 1 — *L’ambivalence du droit de l’Union européenne sur l’exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation*

Le droit de l’Union européenne a une influence indéniable, et remarquée en doctrine sur l’évolution contemporaine du droit administratif²⁸²⁹, tant au niveau procédural que substantiel, et dans de nombreux domaines²⁸³⁰. Le droit de l’Union européenne influence aussi l’exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation dans un double sens. Il influence de manière directe le régime des sanctions, terme qu’il faut entendre de manière large comme comprenant l’ensemble des mesures d’exécution contraignantes du droit de l’Union européenne (§1) ; il renouvelle aussi les protections dont bénéficient les administrés en matière de transparence, protection qui ne s’étend pas à l’ensemble de la fonction contentieuse des autorités sectorielles (§2).

L’influence future et probable du Traité de Lisbonne, qui incorpore une charte des droits fondamentaux de l’Union — auquel le Royaume-Uni a émis une réserve²⁸³¹ — ne s’étant pas encore matérialisée juridiquement, nous n’y ferons pas référence²⁸³².

*

§1 — L’influence du droit de l’Union européenne sur le régime des sanctions

§2 — Le renouvellement ambigu des garanties

*

§ 1 — L’influence du droit de l’Union européenne sur le régime des sanctions

901. Le régime de la sanction pour l’inexécution du droit de l’Union européenne est tiraillé entre deux impératifs. Le premier tient au principe d’autonomie institutionnelle et procédurale dont jouissent les États membres, mais au final, ce principe encadre peu le régime de la sanction, il emporte la compétence des États membre pour la sanction du droit de l’Union

²⁸²⁹ V. notam. en droit français la thèse de J. Sirinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l’Union européenne : une contribution à l’étude du droit administratif européen*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 266, 2011.

²⁸³⁰ V. B. Lozano, C. Plaza, « Spain – The Europeanization of National Procedural Rules in the Field of Environmental Protection » (2009) 15 *European Public Law* pp. 319–331.

²⁸³¹ V. Protocole n° 7 sur l’application de la charte des droits fondamentaux au Royaume-Uni.

²⁸³² V. par ex. pour une étude de l’influence probable de la Charte sur le renforcement du principe non bis in idem : G. Di Federico, « EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem », (2011) 17 *European Public Law* pp. 241–260.

européenne²⁸³³. Le second tient à l'effet utile des directives et la nécessité de préserver l'« application uniforme du droit communautaire »²⁸³⁴ qui impose d'encadrer le régime des sanctions du droit européen.

902. Afin de sauvegarder cet effet utile, tout en protégeant l'autonomie des États membres, la Cour de justice a précisé le cadre des sanctions que le droit national pouvait créer pour assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne : « À cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif »²⁸³⁵.

La notion de sanction du droit européen ne doit pas obligatoirement s'entendre comme visant uniquement le prononcé d'une mesure répressive²⁸³⁶. Dans le cas d'une injonction par exemple, les mêmes principes s'appliqueront certainement. De même, la fonction de règlement des différends peut être soumise à ces principes, étant un mode contraignant d'exécution des obligations d'accès contenues dans les directives²⁸³⁷. Les textes en disposent ainsi dans les secteurs régulés. La directive dite « accès » pose plusieurs conditions à

²⁸³³ V. sur ce point : J. Rideau, Sources non écrites du droit de l'union européenne, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 191, n° 553 suiv. ; V. Constantinesco, V. Michel, « Compétences communautaires », in *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, n° 181 suiv. ; J. Rideau, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *A.F.D.I.*, 1972, p. 864 ; R. Mehdi, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in *Droit Administratif Européen*, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruylant, 2007, pp. 685 suiv. ; M. Le Barbier-Le Bris, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Liber Amicorum Jean Raux*, Éditions Apogée, 2006, p. 419 ; R. Kovar, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Larcier, Bruxelles, 1978, p. 245 ; G. Isaac, M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Coll. Université, 9^e éd., 2006, p. 315-316 ; M. Poelemans, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, préc., spéc. p. 80. Pour Guy Isaac et Marc Blanquet ce principe implique que « lorsque des mesures de mise en oeuvre du droit communautaire doivent être arrêtées par les États membres, ceux-ci se conformeront aux règles qui découlent de leur droit interne et notamment de leur droit constitutionnel, pour ce qui concerne la détermination des organes compétents et des procédures à utiliser. Responsables de la mise en oeuvre du droit communautaire, les autorités nationales se trouvent donc en face d'une obligation de résultat, non de moyen ». L'autonomie institutionnelle signifie que les États membres sont seuls compétents pour déterminer « la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États membres à des organes déterminés » (C.J.C.E., 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51 à 54/ 71, Rec. 1116). L'autonomie procédurale, quant à elle, requiert que « dans les cas où la mise en oeuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national » (C.J.C.E., 11 févr. 1971, *Fleischkontor*, aff. 39/ 70, Rec. 49).

²⁸³⁴ V. C.J.C.E., 6 juin 1972, *Schlüter*, aff. 94/ 71, Rec. 307.

²⁸³⁵ V. C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, aff. 68/88, Recueil 1989, p. 02965.

²⁸³⁶ V. S. Mail-Fouilleul, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., Coll. *Bibl. de droit international et communautaire*, tome 118, 2002, spéc. l'étude sur l'injonction au titre des sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence (pp. 71 suiv.) ; G. A. Sofianatos, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence : Étude de droit communautaire français grec*, préc., passim.

²⁸³⁷ V. à cet égard le rapport d'A. Maitrepierre concernant l'arrêt de la « Cour de cassation du 14 décembre 2010 sur l'étendue de la compétence de l'ARCEP pour trancher un différend tarifaire entre des parties à une convention d'accès à la boucle locale (S.F.R. c. France Télécom, n° 09-67371) », *Concurrences*, 2001-1. Ce rapport analyse bien la portée du pouvoir de règlement des différends dans le cadre de la jurisprudence sur l'effectivité du droit de l'Union européenne.

l'émission d'une injonction : une condition de nécessité, d'objectivité, de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination²⁸³⁸. Ces principes sont des principes généraux du droit de l'Union européenne qui s'appliquent à toute mesure et *a fortiori* aux « sanctions » du droit de l'Union européenne qu'il faut donc entendre comme toute mesure visant le rétablissement de la légalité européenne, autrement dit aux sanctions proprement dites et aux injonctions ainsi qu'au règlement des différends²⁸³⁹.

Aussi, les États membres doivent-ils, en établissant ce régime de sanctions, s'assurer que celles-ci soient d'une part adéquates (I) et d'autre part équivalentes aux protections du droit national (II).

I — L'exigence d'adéquation des sanctions

903. Si l'on suit Maiténa Poelemans²⁸⁴⁰, l'exigence d'adéquation des sanctions posée par le droit de l'Union européenne comporte trois caractères : la sanction doit être effective, dissuasive et proportionnée. Ces exigences ont été dégagées progressivement par le juge et elles sont reprises dans les directives sectorielles des communications électroniques et de l'énergie²⁸⁴¹, sans que ces notions, de l'aveu même de l'avocat général Colomer, soient précisément définies²⁸⁴². Le contour de ces notions ne se précise que lorsqu'elles sont appliquées à des réalités concrètes, particulièrement si l'on considère l'objectif qu'elles servent²⁸⁴³. L'examen de la jurisprudence montre que la Cour utilise ce triptyque de manière toujours conjointe sans détailler forcément ce que comprend chaque élément pris isolément. Ces trois notions doivent donc être d'abord explicitées, dans la mesure du possible, pour montrer ensuite les conséquences qu'elles emportent collectivement.

²⁸³⁸ V. Directive modifiée 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), article 5.

²⁸³⁹ V. sur ce point, J. H. Jans, S. Prechal, R. de Lange, R. Widdershoven, *Europeanisation of public law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, spéc. chap. V et pp. 217 : « National enforcement measures must comply not only with fundamental rights, but also with the general principles of the law discussed in Chapter V. In the context of enforcement, the rights of defence are of especial relevance. In addition, the principles of equality or non-discrimination and proportionality, discussed in that chapter, may be relevant ».

²⁸⁴⁰ V. M. Poelemans, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, préc., pp. 271 suiv..

²⁸⁴¹ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 21 (« Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et des directives particulières et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en oeuvre de ces sanctions. Les sanctions ainsi prévues doivent être appropriées, effectives, proportionnées et dissuasives ») ; Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 17 §4,d (« l'autorité de régulation se voit confier au moins les compétences suivantes : (...) infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ») ; Directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 41, § 4, d.

²⁸⁴² V. concl. de Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sous C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, spéc. §44 des concl. : « La notion juridique indéfinie de “sanction effective, proportionnée et dissuasive”. Cette notion, envisagée in abstracto, présente des contours flous, mais comme toutes les notions de ce type ».

²⁸⁴³ V. concl. préc. de Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer sous C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-176/03, spéc. §44.

904. La notion d'effectivité comporte, pour Catherine Haguenau-Moizard²⁸⁴⁴, un double aspect, à la fois positif et négatif : la sanction doit « produire un effet », doit permettre d'assurer la « pleine efficacité des normes »²⁸⁴⁵ européennes ; mais cette exigence, comme le remarque Maiténa Poelemans « n'a pas d'incidence sur la nature de la sanction nationale », car il serait alors porté atteinte à l'autonomie procédurale et institutionnelle des États membres. Il appartient donc aux États de choisir le système de sanction qui permettra d'atteindre l'objectif européen. Par exemple, la législation européenne relative à la prévention des discriminations tente de bannir les licenciements fondés sur un motif discriminatoire, la sanction d'un tel licenciement doit donc être de nature à « parvenir à une égalité de chances effective » qui « ne saurait dès lors être atteinte [...] dans l'hypothèse d'un licenciement discriminatoire, [...], à défaut d'une réintégration de la personne discriminée, ou, alternativement, d'une réparation pécuniaire du préjudice subi »²⁸⁴⁶. La notion d'effectivité impose donc, au cas particulier, à la législation nationale de réaliser concrètement l'égalité soit par la suppression de la source de l'illégalité, par une réintégration effective de l'employé, soit par la compensation du préjudice causé par cette illégalité.

905. Le caractère dissuasif des sanctions du droit de l'Union européenne a une incidence sur le montant éventuel d'une sanction. La sanction doit être suffisamment sévère pour dissuader les éventuels contrevenants. Ainsi, lorsque le montant d'une sanction n'a pas été revu depuis trop longtemps, il peut perdre son caractère dissuasif : comme le constate l'avocat général concernant la sanction de la réglementation relative à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, « les amendes maximales [prévues par la législation irlandaise] avaient peut-être encore un effet dissuasif il y a 150 ans, mais, vu la dépréciation monétaire, ils ne sont plus que de nature symbolique »²⁸⁴⁷. Le caractère dissuasif d'une sanction doit être concilié avec la nécessaire proportionnalité de l'action européenne.

906. Le caractère proportionné des sanctions du droit de l'Union européenne tient son fondement du principe de proportionnalité reconnu dès les débuts de l'Europe²⁸⁴⁸. En matière de sanction, ce principe signifie que « les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire aux objectifs poursuivis et une sanction ne doit pas être si disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à des libertés consacrées par le traité CE »²⁸⁴⁹. Ce principe implique donc la mise en balance de l'intérêt qui s'attache au motif poursuivi par la mesure avec l'atteinte aux droits fondamentaux.

²⁸⁴⁴ V. C. Haguenau, *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, préc., pp. 374 suiv..

²⁸⁴⁵ V. C.J.C.E., 3^e ch., 23 avril 2009, Kiriaki Angelidaki e.a. contre Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis e.a., aff. jointes C-378/07, C-379/07 et C-380/07, point 158.

²⁸⁴⁶ V. C.J.C.E., 2 août 1993, M. H. Marshall contre Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, aff. C-271/91, points 24-25.

²⁸⁴⁷ Concl. de l'Avocat général M. L. A. Geelhoed, point 27, sous C.J.C.E., 18 octobre 2001, Commission des Communautés européennes contre Irlande, aff. C-354/99.

²⁸⁴⁸ V. Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, tome 1, 6^e éd., Dalloz, 1994, n° 18, spéc. p. 91. C.J.C.E., 21 septembre 1989, Commission c. Grèce, 68/88, Recueil p. 2965, point 23 ; 16 décembre 1992, Commission c. Grèce, C-210/91, Recueil p. I-6735, point 19 ; 26 octobre 1995, Siesse, C-36/94, Recueil p. I-3573, point 21. V. Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, M. Karpenschif, C. Nourissat (dir.), P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2010, n° 53, p. 210 suiv..

²⁸⁴⁹ V. C.J.C.E., 1^{er} ch., 5 juillet 2007, Ntónik Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis et Ioannis Michail Pikoulas contre Epitropi Kefalaiaígoras, aff. C-430/05, point 54.

907. Souvent, la jurisprudence ne précise pas lequel des trois éléments fonde son contrôle et traite ce triptyque de manière jointe. La jurisprudence de la Cour manifeste que le caractère effectif, dissuasif et proportionné des sanctions a des conséquences concrètes à plusieurs niveaux : sur la compétence des États membres, sur la détermination du montant de la sanction qui doit avoir un certain degré de certitude, sur l'existence de voie de droit même en l'absence de victimes.

Le régime de la sanction du droit de l'Union européenne permet aux États membres d'aller plus loin que les sanctions prévues par les textes européens lorsqu'ils le jugent nécessaire pour assurer l'effectivité de ce droit. Ainsi, là où le droit de l'Union européenne ne prévoit que des sanctions civiles, le caractère efficace, dissuasif et proportionné des sanctions permet à un État membre de prévoir des sanctions pénales²⁸⁵⁰. De même, il permet au droit national d'aménager, de « régler la répartition des responsabilités respectives des différents opérateurs » en prévoyant, éventuellement, la sanction d'un distributeur qui se borne à commercialiser un produit avec un étiquetage erroné, lequel étiquetage était de la responsabilité d'un autre opérateur²⁸⁵¹.

908. Il s'oppose aussi à ce qu'une autorité nationale évalue le montant d'une sanction pécuniaire en se basant sur le montant d'une future et hypothétique sanction pénale ultérieure, car « l'appréciation du caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions administratives prévues par la directive 2003/6 [sanctionnant les abus de marché] ne saurait dépendre d'une hypothétique sanction pénale ultérieure »²⁸⁵².

909. Enfin, en l'absence de victime clairement identifiée de la violation du droit de l'Union européenne, il impose au droit national de prévoir des voies de droit appropriées pour assurer la sanction des obligations européennes qui peuvent comporter, le cas échéant, le « constat de la discrimination par la juridiction ou l'autorité administrative compétente, assorti du degré de publicité adéquat, le coût de celle-ci étant alors à la charge de la partie défenderesse. Elles peuvent également consister dans l'injonction faite à l'employeur, selon les règles posées par le droit national, de cesser la pratique discriminatoire constatée, assortie, le cas échéant, d'une astreinte. Elles peuvent en outre consister dans l'octroi de dommages et intérêts à l'organisme qui a mené la procédure »²⁸⁵³. La Cour laisse donc une marge de manœuvre assez large quant au choix de la sanction, mais sanction il doit y avoir.

910. L'adéquation de la sanction permet donc à la Cour d'opérer un contrôle du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales pour appliquer le droit de l'Union. Elles sont seules compétentes pour déterminer la nature des sanctions et les voies de droit à utiliser, mais elles doivent prévoir ces moyens de manière à en assurer la pleine effectivité. À cette exigence d'adéquation s'ajoute celle d'équivalence.

²⁸⁵⁰ V. C.J.C.E., 1^{er} ch., question préj., 8 juillet 1999, aff. C-186/98, « les mesures nationales peuvent inclure des sanctions pénales même lorsque la réglementation communautaire ne prévoit qu'une sanction de nature civile ».

²⁸⁵¹ V. C.J.C.E., 2^e ch., 23 novembre 2006, *Lidl Italia Srl contre Comune di Arcole (VR)*, aff. C-315/05, points 58 à 60.

²⁸⁵² V. C.J.C.E., 3^e ch., 23 décembre 2009, *Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck contre Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)*, aff. C-45/08, points 76-77.

²⁸⁵³ V. C.J.C.E., 2^e ch., 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV*, aff. C-54/07, points 36 à 40.

II — L'exigence d'équivalence des sanctions

911. L'affaire dite du « Maïs grec » a permis à la Cour de préciser que les violations du droit de l'Union européenne doivent être « sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires »²⁸⁵⁴. Ce critère, explique Maiténa Poelemans, s'applique à tous les types de sanctions, pénales, administratives ou civiles et concerne aussi bien le niveau de gravité de la sanction que les procédures mises en œuvres pour la prononcer²⁸⁵⁵.

912. Cette exigence permet de vérifier que les États membres sanctionnent de la même manière les infractions au droit national et au droit de l'Union européenne. Ainsi la Cour de justice a été amenée à conclure que le plafonnement d'une indemnisation pour discrimination à trois mois de salaire, « qui n'est pas prévu par les autres dispositions nationales du droit civil et du droit du travail », ne remplit pas cette exigence d'équivalence²⁸⁵⁶.

De même, cette condition emporte une obligation de diligence dans la sanction des infractions au droit de l'Union européenne, diligence qui doit être équivalente à celle dont les autorités nationales font preuve pour réprimer les violations de leur droit interne²⁸⁵⁷.

Conclusion du § 1

La préservation de l'autonomie institutionnelle et procédurale dont jouissent les États membres ne signifie pas qu'ils bénéficient d'un blanc-seing pour sanctionner les infractions au droit de l'Union européenne. Ils sont astreints à mettre en place un système de sanctions suffisamment adéquat (en termes d'efficacité, de dissuasion et de proportionnalité) et qui manifeste un engagement de leur part de réprimer de manière équivalente les violations du droit de l'Union européenne et de leur droit propre.

Ces principes gouvernant le prononcé des sanctions sont des principes généraux du droit de l'Union européenne souvent repris dans les textes. Ils ne manifestent pas une grande nouveauté. Les textes sectoriels manifestent, eux, une conception renouvelée de la fonction contentieuse des autorités de régulation, par les obligations de transparence et de négociation qu'ils mettent en place.

§ 2 — Le renouvellement ambigu des garanties

Les mesures nationales de sanction du droit de l'Union européenne doivent obéir tant aux droits fondamentaux qu'aux principes généraux du droit. Ces principes sont essentiellement de deux ordres : ils fournissent d'une part des garanties de fond qui reprennent — et parfois renouvellent — les principes de droit interne (I) ; ils garantissent ensuite le respect de droits

²⁸⁵⁴ V. C.J.C.E., 13 septembre 2005, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-176/03, §31.

²⁸⁵⁵ V. M. Poelemans, La sanction dans l'ordre juridique communautaire, préc., spéc. p. 278.

²⁸⁵⁶ V. C.J.C.E., 22 avril 1997, Nils Draehmpaehl contre Urania Immobilienservice ohG, aff. C-180/95, points 25 à 30.

²⁸⁵⁷ V. C.J.C.E., 21 septembre 1989, Commission/Grèce, 68/88, Recueil p. 2965, points 24 et 25 : « les autorités nationales devraient procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes ».

procéduraux, mais, dans les secteurs régulés, le législateur européen est allé plus loin dans l'affirmation de certaines obligations de transparence (II).

I — La réaffirmation des principes généraux de fond

913. Parmi l'ensemble des principes généraux du droit de l'Union européenne²⁸⁵⁸, certains sont particulièrement pertinents pour la matière des sanctions du droit européen, et ont été précisés par la Cour. Ces principes encadrent l'action des autorités dès la phase de l'enquête : ainsi la Cour de justice a reconnu que certaines communications entre les avocats et leurs clients pouvaient bénéficier de certaines protections²⁸⁵⁹. La Cour a aussi expressément reconnu l'application à la répression des infractions au droit européen du principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère²⁸⁶⁰. De même, le principe de sécurité juridique s'applique et impose qu'une sanction ne puisse « être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë »²⁸⁶¹ et que l'autorité répressive ne puisse, même en l'absence de délai de prescription, retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs²⁸⁶², elle est astreinte à une obligation de diligence dont la Cour contrôle, le cas échéant, la carence, au regard de ce principe. La sécurité juridique embrasse aussi, pour Joël Molinier, le principe *non bis in idem*, élevé aussi au rang de principe général du droit européen, et dont l'application est soumise « à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé »²⁸⁶³.

914. La Cour a aussi reconnu l'application des principes d'égalité et de non-discrimination, et de proportionnalité. La Cour de justice a été amenée à préciser la portée de ces deux principes notamment dans l'arrêt Pastoors²⁸⁶⁴, dans lequel une inégalité de traitement entre

²⁸⁵⁸ V. J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 2010, pp. 245 suiv. ; J. Molinier, *Principes généraux*, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, août 2008. J. Molinier recense comme principes généraux, au titre des droits substantiels, le principe d'égalité, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, le droit à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne, le droit au respect des biens et le droit de propriété, le principe de liberté ; au titre des obligations de comportements, les principes de protection des droits acquis, de protection de la confiance légitime, de sécurité juridique, de proportionnalité, de bonne administration, de précaution ; enfin, il range dans les garanties procédurales, les principes de protection juridictionnelle effective et de respect des droits de la défense. V. aussi, J. H. Jans, S. Prechal, R. de Lange, R. Widdershoven, *Europeanisation of public law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, spéc. pp. 217-219.

²⁸⁵⁹ V. C.J.U.E., 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne, aff. C-550/07 P (J.O. n° C 301 du 06/11/2010 p. 2). V. M. J. Frese, « The development of general principles for EU competition law enforcement — the protection of legal professional privilege », *European Competition Law Review*, 2011, 32(4), pp. 196-205.

²⁸⁶⁰ V. C.J.C.E., 10 juillet 1984, Regina c. Kirk, aff. 63/83, Rec. 2689. Ce principe s'applique à toute procédure répressive. La Cour a aussi consacré son corollaire : le principe de l'application rétroactive des lois pénales plus douces (C.J.C.E., 3 mai 2005, Berlusconi E.A., aff. jointes C-387/02 et autres, Recueil I. 3565 ; C.J.C.E., 8 mars 2007, Campina, aff. C-45/06, Recueil I. 2089).

²⁸⁶¹ V. C.J.C.E., 12 déc. 1990, Vandemoortele c/ Commission, aff. C-172/89, Rec. I. 4677. V. J. Molinier, *Principes généraux*, Répertoire de droit communautaire, préc. n° 108 et n° 118.

²⁸⁶² V. C.J.C.E., 24 sept. 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano c/ Commission, aff. jointes C-74/00 P ; C-75/00 P, Rec. I. 7869 ; C.J.C.E., 22 avr. 2008, Commission c/ Salzgitte, aff. C-408/04 P, JO C 142 du 07.06.2008 p.2. V. J. Molinier, *Principes généraux*, Répertoire de droit communautaire, préc. n° 110.

²⁸⁶³ V. J. Molinier, *Principes généraux*, Répertoire de droit communautaire, préc. n° 119. V. CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland E.A. c/ Commission, aff. jointes C-204/00 P et autres, Rec. I. 123.

²⁸⁶⁴ V. C.J.C.E., 6^e ch., 23 janvier 1997, Eckehard Pastoors et Trans-Cap GmbH contre Belgische Staat, aff. C-29/95, Recueil 1997, p. I-00285 (L. Idot, *Europe 1997* Mars Comm. n° 92 p. 23 ; M. Luby, *Chronique Journal du*

nationaux et non-nationaux est jugée excessive au regard du droit de l'Union européenne. Il s'agissait d'une réglementation belge sanctionnant le non-respect d'un règlement européen d'une peine établissant une différence de traitement en fonction de la nationalité du contrevenant. Si cette différence de traitement peut être objectivement justifiée, elle est jugée disproportionnée au cas particulier, car, pour reprendre les termes de la Cour, elle dépasse « les limites de ce qui est indispensable pour [...] réaliser » l'objectif contenu dans le règlement.

915. La Cour a ensuite précisé, dans l'arrêt *Käserei Champignon Hofmeister*²⁸⁶⁵, le contrôle d'une mesure de sanction du droit de l'Union européenne au regard du principe de proportionnalité. La Cour juge à cette occasion que la proportionnalité d'une mesure doit être jugée en fonction de l'objectif à réaliser : la sanction ne doit pas être si faible qu'elle en deviendrait « inapte à réaliser l'objectif poursuivi par la réglementation communautaire », ni être trop forte en allant « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ». La proportionnalité d'une mesure est donc encadrée par des bornes inférieure et supérieure. Mais, dans la pratique décisionnelle de la Cour de justice, lorsque celle-ci doit juger de la proportionnalité d'une sanction, son contrôle n'est, comme le note la doctrine de droit européen, pas un plein contrôle de proportionnalité, mais plutôt un contrôle restreint, sanctionnant les disproportions manifestes²⁸⁶⁶.

À côté de ces principes de fond, le droit de l'Union européenne reconnaît aux personnes sujettes à l'action répressive d'une autorité administrative exécutant les obligations européennes certains droits procéduraux.

II — La conception européenne de la procédure administrative

916. Le droit procédural européen manifeste certains éléments classiques et certaines innovations²⁸⁶⁷. Au titre des premiers, il est possible de mentionner le respect des droits de la

droit international 1998 p.507-508 ; J. H. Jans, « Proportionality Revisited » (2000) 27 *Legal Issues of Economic Integration* pp. 239-265, spéc. pp. 248-249).

²⁸⁶⁵ V. C.J.C.E., 5^e ch., 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-210/00, Recueil 2002, p. I-06453 (A. Rigaux, D. Simon, Europe, 01/10/2002, n° 10, p. 17).

²⁸⁶⁶ B. Vesterdorf, « The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice? », *Global Competition Policy*, June 2009, pp. 2-3 : « The reality is that, almost without exception, the Court limits itself to performing a control of the legality of the fine or, rather, to verifying whether the Commission has applied the Guidelines for the calculation of fines correctly. In doing so, it will normally apply the manifest error Test ». Ian S. Forrester note aussi que l'approche de la Cour de justice concernant le contrôle de proportionnalité n'est pas systématique et, surtout, qu'elle restreint son contrôle : « The Courts of the Community and the Union have not often in the past 20 years exercised unlimited jurisdiction in its purest form: reducing the fine for being excessive or unjust. Although they did so for "reasons of equity and proportionality" in *Greek Ferries* and because the fine was "inappropriate" in *Parker Pen*, most proportionality claims have been rejected. In a few cases, the applicant was exonerated. The Court increased the fine once, not because it felt the penalty was too mild, but to correct arithmetically certain lapses of assessment. Since the adoption of the Guidelines the Courts have usually elected not to engage in an independent consideration of whether the fine was appropriate under the totality of the circumstances » (« A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases » *European Law Review*, 2011, 36(2), pp. 185-207, spéc. p. 197-198).

²⁸⁶⁷ J. Sirinelli arrive à la même conclusion en analysant les principes de procédure administrative non contentieuse contenus dans la directive service : J. Sirinelli, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle

défense, qui constitue un principe général du droit de l'Union européenne²⁸⁶⁸ consacré à l'article 48 § 2 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁸⁶⁹, et implique le droit d'accès au dossier, le droit d'être entendu par un organe impartial ainsi que le respect de la présomption d'innocence²⁸⁷⁰. À côté de ces principes classiques, le droit européen sectoriel introduit des obligations nouvelles.

917. Le droit européen introduit des obligations de transparence qui manifestent l'évolution de la procédure administrative générale, mais dont l'application à la fonction contentieuse est ambiguë.

918. La doctrine européenne a bien mis en évidence que les droits internes procéduraux des pays européens et américains, qu'ils soient codifiés ou non, sont mis à l'épreuve face aux nouveaux modes de gouvernance qui apparaissent dans le domaine de la régulation. Les codifications sont anciennes et le modèle reste celui de la juridiction²⁸⁷¹. Or, apparaissent de nouvelles procédures administratives « reposant sur des procédés décentralisés, participatifs, délibératifs et partant de la base »²⁸⁷². Le modèle participatif est néanmoins ancien dans certains pays. Les États-Unis imposent depuis longtemps, dans leur loi sur la procédure administrative, la participation des parties intéressées, si bien que la doctrine n'hésite plus à parler de droit négocié, en prenant d'ailleurs souvent pour modèle les États-Unis²⁸⁷³. Le modèle participatif est en effet très développé aux États-Unis concernant les actes réglementaires dont l'édiction doit être précédée d'un avis et d'une possibilité de formuler des commentaires sur la proposition de décision par les parties intéressées²⁸⁷⁴. Il est aussi très présent au niveau européen dans le mode d'élaboration des normes par la Commission²⁸⁷⁵. Il

approche de l'intervention publique en matière économique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2011, n° 4, p. 883.

²⁸⁶⁸ V. J. Molinier, *Principes généraux*, Répertoire de droit communautaire, préc. n° 155. Ce principe a d'abord été reconnu comme un principe fondamental du droit communautaire applicable à toute sanction (C.J.C.E., 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission* [Vitamines], aff. 85/76, Recueil p. 461), puis étendu par la jurisprudence à toute procédure dont l'issue est susceptible de faire grief (C.J.C.E., 10 juill. 1986, *Belgique c. Commission*, aff. 234/84, Recueil p. 2263).

²⁸⁶⁹ V. C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne*, C-550/07 P : V. RTDEur., 2011, 47(1), p. 172, note F. Benoit-Rohmer.

²⁸⁷⁰ V. Wouter P. J. Wils, « EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights », *Concurrences*, n° 2-2011, pp. 41 suiv.. V. C.J.U.E., 25 octobre 2011, *Solvay SA c. Commission européenne*, aff. C- 109/10 P.

²⁸⁷¹ V. *Transforming Administrative Procedure*, Javier Barnes (ed.), Global Law Press, spéc. p. 17. V. aussi J. Barnes, « Towards a third generation of administrative procedure », in *Comparative administrative law*, S. Rose-Ackerman, P. Lindseth (eds), *Research Handbook in Comparative Law*, E. Elgar, 2011, chap. 20.

²⁸⁷² V. *Transforming Administrative Procedure*, Javier Barnes (ed.), Global Law Press, spéc. p. 25.

²⁸⁷³ V. J. de Munck, J. Lenoble, « Droit négocié et procéduralisation », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van De Kerchove (eds), *Le droit négocié*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, pp. 171-196. V. D. Custos, « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°2, 2007, pp. 285-305.

²⁸⁷⁴ V. *Administrative Procedure Act*, §553. V. le comm. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, A. Vermeule, R. B. Stewart, C. R. Sunstein, S. G. Breyer (Ed.), Aspen Publishers, 6^e ed., 2006, spéc. p. 493.

²⁸⁷⁵ V. A. M. McLaughlin, J. Greenwood, « The management of interest representation in the European Union », *Journal of Common Market Studies*, March 1995, vol. 33 Issue 1, p. 143 ; H. Wallace, A. R. Young (eds.), *Participation and Policy-Making in the European Union*, ClarendonPress, Oxford, 1997 ; J. Mendes, « Participation and participation rights in EU law governance », pp. 257 suiv. in *Legal challenges in EU administrative law : towards an integrated administration*, H. C. H. Hofmann, A. H. Türk (eds), E. Elgar, 2009 ; A. Tomkins, « Transparency and the Emergence of a European Administrative Law », *Yearbook of European*

n'existe pas de principe équivalent en France²⁸⁷⁶ ou au Royaume-Uni²⁸⁷⁷. Le domaine de la consultation des parties intéressées est traditionnellement lié à l'expropriation (la procédure d'enquête publique) en France ; elle connaît néanmoins un regain d'intérêt au niveau local²⁸⁷⁸. Au Royaume-Uni, c'est le domaine de l'urbanisme qui constitue le domaine privilégié de l'*enquiry*²⁸⁷⁹.

919. Au total, les procédures de consultation et de transparence ne concernent que les actes de portée générale ou au niveau local, les procédures d'enquêtes publiques. La transparence et la consultation ne concernaient *a priori* pas la fonction contentieuse de l'Administration, et encore moins celle des juges.

920. Le droit de l'Union européenne semble s'inscrire dans ce cadre. Les obligations de transparence que les textes imposent excluent expressément le règlement des différends, mais ces textes restent muets quant à leur emprise sur l'exercice du pouvoir de sanction. Ainsi la directive dite « cadre » du 7 mars 2002 impose que « les autorités réglementaires nationales consultent toutes les parties intéressées sur les décisions envisagées et tiennent compte de leurs observations avant d'adopter une décision définitive »²⁸⁸⁰. L'article 6 de la même directive exclut toutefois du champ de la transparence la procédure de règlement des litiges entre entreprises²⁸⁸¹.

Cette exclusion ne peut s'interpréter comme une interdiction d'étendre le champ de la transparence à la fonction contentieuse si l'État membre le souhaite, ce que fera précisément le Royaume-Uni.

921. Le droit de l'Union européenne est donc au mieux neutre au niveau de la transparence quant à son influence sur l'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, ce qui montre bien que les évolutions sont avant tout nationales. De surcroît, la charte des droits

Law, 1999, 19(1), pp. 217-256. A. Tomkins est, en 1999, assez sceptique sur les avancées de la procédure administrative européenne en matière de transparence.

²⁸⁷⁶ En droit administratif français les développements sur la consultation traitent — de manière d'ailleurs significative — des organismes consultatifs, de ce que Hauriou appelait « l'Administration consultative » : V. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, préc. p. 454 suiv. ; R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 1303 ; A. Heilbronner, R. Drago, « L'administration consultative en France », International Review of Administrative Sciences, 1959, pp. 25-57 ; A. Heilbronner, « Hearing and Consultation Procedure in France », International Review of Administrative Sciences, March 1959, n°25, pp. vi-viii ; C. Cadoux, « La procédure consultative », Annales de l'Université de Lyon, 1960, pp. 29 suiv. (cet article ne traite que de la procédure d'avis) ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., pp. 210 suiv.

²⁸⁷⁷ V. P. Craig, Administrative Law, préc., p. 733, n°22-018.

²⁸⁷⁸ V. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., spéc. p. 270 : « La loi du 4 février 1995 sur l'aménagement du territoire permet aussi à un cinquième au moins des électeurs d'une commune (ou des communes d'un EPCI) de demander l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales (ou de l'EPCI) »

²⁸⁷⁹ V. P. Craig, Administrative Law, préc., p. 283 suiv..

²⁸⁸⁰ V. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 modifiée relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), cons. 15.

²⁸⁸¹ V. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 modifiée relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), article 6 : « Sauf dans les cas relevant de l'article 7, paragraphe 9, de l'article 20 ou de l'article 21, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, lorsqu'elles ont l'intention, en application de la présente directive ou des directives particulières, de prendre des mesures, ou entendent prévoir des restrictions conformément à l'article 9, paragraphes 3 et 4, ayant des incidences importantes sur le marché pertinent, donnent aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable ». L'article 20 concerne précisément la « Résolution des litiges entre entreprises ».

fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 41 confère un droit à une bonne administration n'innove pas dans les droits qu'elle accorde au citoyen dans ses relations avec l'Administration européenne²⁸⁸².

Conclusion de la Section 1

Le droit de l'Union européenne a surtout une influence sur l'intensité de la sanction. Au-delà, il n'impose pas un renouvellement de la procédure administrative qui reste largement soumise aux règles nationales. La doctrine a d'ailleurs souligné que, de manière générale, la jurisprudence européenne ne se départ pas d'une conception classique de la procédure administrative²⁸⁸³.

La mise en place de deux modèles — et le modèle anglais est en cohérence avec le mouvement de transparence que promeut le droit dérivé au niveau européen — n'est pas tributaire du droit de l'Union européenne et procède de logiques internes.

Il en est de même de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais cette fois-ci pour la France. Il serait possible de tirer argument du fait que l'Union européenne promeut l'objectif de transparence pour affirmer que le Royaume-Uni ne fait que suivre cette tendance. De même, on pourrait tirer argument des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour affirmer que la France ne fait que suivre ces exigences. Nous montrerons que cet article n'impose pas les obligations que les juridictions françaises ont imposées à la fonction contentieuse des autorités de régulation et que le niveau de transparence qu'atteignent certaines autorités sectorielles au Royaume-Uni répond aussi à des logiques nationales.

²⁸⁸² V. P. Leino-Sandberg, « Minding the gap in European administrative law: on lacunae, fragmentation and the prospect of a brighter future », Rapport pour le Parlement européen, Études, May 2011. Pour cet auteur, en plus d'un manque conceptuel cruel, la notion de bonne administration en droit européen souffre de nombreux manques qui confèrent au droit administratif européen une physionomie fragmentée.

²⁸⁸³ V. L. Azoulai, « Le principe de bonne administration », pp. 493 suiv. in *Droit administratif européen*, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruylant, 2007 ; J. Mendes, « Participation and participation rights in EU law governance », pp. 257 suiv. in *Legal challenges in EU administrative law: towards an integrated administration*, préc. ; P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, spéc. pp. 134 suiv. ; J. Mendes, *Participation in EU Rule-Making: A Rights-Based Approach*, O.U.P., 2011 ; A. Tomkins, « Transparency and the Emergence of a European Administrative Law », (1999-2000) *Yearbook of European Law*, pp. 217-256. Magdalena Elisabeth de Leeuw arrive à une conclusion plus positive sur le rôle de l'Ombudsman européen, affirmant, à partir d'une recherche empirique, que cette institution développe progressivement un code de bonne administration, à partir de ses décisions particulières : M. Elisabeth de Leeuw, « The European Ombudsman's Role as a Developer of Norms of Good Administration » (2011) 17 *European Public Law* pp. 349-368.

Section 2 — *Les protections différées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a eu des conséquences importantes sur la répression administrative. Acceptant que l'impératif de souplesse puisse justifier de différer certaines protections (II), la Cour n'en a pas moins fermement encadré certains aspects de la répression administrative aujourd'hui (I).

I — La protection contre le cumul de poursuites

922. À ce titre, c'est certainement l'encadrement des cumuls de poursuites qui pourrait avoir le plus de conséquences. On a vu que les droits administratifs anglais et français acceptaient le cumul de poursuites dans des ordres juridiques différents. Or cette approche est désormais fermement condamnée par la Cour européenne dans l'arrêt Zolotoukhine, dans toutes les conséquences n'ont pas été tirées, en tout cas en France. L'arrêt établit que « l'article 4 du Protocole 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ». Au cas particulier le citoyen russe avait été condamné d'une sanction administrative privative de liberté et d'une sanction pénale pour les mêmes faits, la seule différence résidant dans le fait que l'infraction pénale avait pris en considération un élément de violence absent dans les poursuites administratives qui avaient été engagées contre lui. La Cour juge que : « le requérant fut inculpé en vertu du code des infractions administratives pour des faits constitutifs d'une atteinte à l'ordre public, l'intéressé ayant injurié des policiers, Mme Y. et le capitaine S., et poussé ce dernier. Il fut poursuivi pour les mêmes faits, qui furent l'élément central de l'accusation portée en vertu de l'article 213 du Code pénal, à savoir une atteinte à l'ordre public, pour avoir crié des obscénités au capitaine S., menacé celui-ci de violence et lui avoir opposé de la résistance. Les faits des deux procédures ne se distinguent donc que par un élément, à savoir la menace de violence, qui n'avait pas été mentionnée dans la première procédure. Par conséquent, la Cour estime que l'accusation portée en vertu de l'article 213 § 2 b) englobait dans leur totalité les faits de l'infraction réprimée par l'article 158 du code des infractions administratives et que, inversement, l'infraction d'« actes perturbateurs mineurs » ne renfermait aucun élément qui ne fût englobé dans l'infraction d'« actes perturbateurs ». Les faits des deux infractions doivent donc être considérés comme étant en substance les mêmes aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7. Comme la Cour l'a souligné ci-dessus, les faits des deux infractions représentent le seul point de comparaison et l'argument du Gouvernement selon lequel elles étaient différentes de par la gravité de la peine qu'elles emportaient est donc sans pertinence pour l'examen auquel il y a lieu de se livrer »²⁸⁸⁴. Comme l'affirme Jean Pradel, « une

²⁸⁸⁴ V. C.E.D.H., Grande ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03 : D. 2009. 2014, note J. Pradel ; Rev. science crim. 2009. 675, obs. D. Roets ; JCP 2009, n° 23, 13 juill. 2009, p. 143, comm. F. Sudre.

seconde poursuite, pénale, après une première administrative (ou l'inverse) paraît donc désormais étranglée »²⁸⁸⁵.

La Cour européenne confère donc une protection nette contre les doubles poursuites, préférant adopter le critère plus protecteur de la matérialité des faits plutôt que celui de leur qualification juridique. Malgré cela, la Cour de cassation continue à accepter le cumul des poursuites dans le domaine des marchés financiers²⁸⁸⁶. La jurisprudence de cette Cour se fonde sur la réserve faite par la France, elle pourrait donc avoir une justification juridique. Comme le dit la juridiction suprême de l'ordre judiciaire : « attendu que l'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits prévue par l'article 4 du protocole n° 7, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions administratives parallèlement aux peines infligées par le juge répressif »²⁸⁸⁷. Mais cet argument ne tient pas compte du sort que la Cour européenne a réservé à une réserve similaire faite par l'Autriche²⁸⁸⁸. Dans l'arrêt *Gradinger*, la Cour européenne juge en effet que la réserve autrichienne est invalide, faute d'être exhaustive et de fournir un degré suffisant de garantie²⁸⁸⁹. Compte tenu de ces éléments, il faut douter fortement de l'avenir des multiples cumuls de poursuites.

En matière procédurale et des protections liées au droit au procès équitable, la Cour adopte une approche plus pragmatique.

II — La protection différée de l'article 6

923. Le détail des protections de la Convention sera abordé ultérieurement. Ce qu'il importe à ce stade de manifester est que la Cour de Strasbourg n'impose pas le respect des prescriptions de l'article 6 sur le droit au procès équitable en première instance. La Cour a en effet une conception globale du procès équitable qui permet de conserver une certaine dose de souplesse à la procédure devant l'Administration.

²⁸⁸⁵ V. J. Pradel, « Principe *Ne bis in idem*, poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 2009 p. 2014. C'est aussi l'avis d'Emmanuel Piwnica, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010 p. 915. V. aussi H. Le Nabasque, « La règle "*non bis in idem*" et les abus de marché (à propos des arrêts de l'assemblée plénière du 8 juillet 2010) », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2010, repère 6.

²⁸⁸⁶ V. Cass., com., 8 février 2011, *Frydman c. Autorité des marchés financiers*, n° 10965 : *Revue des sociétés* 2011 p. 432, note É. Dezeuze.

²⁸⁸⁷ V. Cass., com., 8 février 2011, *Frydman c. Autorité des marchés financiers*, n° 10965.

²⁸⁸⁸ Les deux réserves concernent l'article 4 du Protocole n° 7 qui confère un « droit à ne pas être jugé ou puni deux fois ». La réserve française stipule : « Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole ». La réserve autrichienne est tout aussi lapidaire et poursuit le même objectif (limiter la portée du *non bis in idem* au droit pénal au sens du droit interne) : « Les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien ».

²⁸⁸⁹ V. C.E.D.H., 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, *Recueil A328-C*, spéc. § 51.

924. Frédéric Sudre affirme en effet que les procédures administratives, lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre par des juridictions ordinaires, qu'elles portent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale, n'ont pas à obéir aux prescriptions de l'article 6 § 1 pourvu que la décision de l'organe puisse être contestée devant une instance qui remplit toutes les conditions de l'article en question²⁸⁹⁰. La Cour a, de longue date, concédé que des « impératifs de souplesse et d'efficacité » puissent justifier que les organes administratifs chargés de statuer sur des droits garantis par l'article 6 ne remplissent pas les conditions de cet article²⁸⁹¹.

925. Mais cette concession n'est pas une abdication et la Cour pose une alternative aux États membres dès l'arrêt « Albert et Le Compte » du 10 février 1983 : « ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 § 1, ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article »²⁸⁹².

926. L'existence d'un recours et son adéquation avec les exigences de l'article 6 sont donc capitales dans le respect des droits que les citoyens tiennent de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Mais l'organe de première instance n'a pas à respecter ces obligations, il s'agit d'une jurisprudence constamment réaffirmée par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est un choix français de « déborder » pour reprendre le mot de Frédéric Sudre, des exigences de l'article 6 pour les appliquer aux autorités sectorielles²⁸⁹³.

Conclusion de la Section 2

Il importe à ce stade de montrer que les garanties de l'article 6 § 1 peuvent être différées : l'autorité administrative n'a pas à respecter l'ensemble des obligations que prescrit l'article 6 § 1 si les décisions qu'elle prend sont susceptibles de subir un examen ultérieur lors d'un recours de pleine juridiction devant une juridiction qui remplit l'ensemble des conditions du droit au procès équitable.

Conclusion du Chapitre II

Il a d'abord été établi que les droits administratifs anglais et français encadrent l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration de manière semblable. Des principes équivalents, d'origine jurisprudentielle, s'appliquent à l'Administration. Contrairement à ce qu'avancent les théories contemporaines sur l'existence et l'extension d'un modèle du procès équitable, ce modèle existe déjà en droit administratif.

De surcroît, le droit international — le droit européen et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme — n'a eu qu'une influence limitée sur l'exercice concret de

²⁸⁹⁰ V. F. Sudre, « Droit à un procès équitable » (Fasc. 6526), in Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis, JurisClasseur Europe Traité, n° 80 et suiv..

²⁸⁹¹ V. C.E.D.H., 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, § 51, préc..

²⁸⁹² V. C.E.D.H., 10 février 1983, Albert et Le Compte, préc., § 29.

²⁸⁹³ V. F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, préc., spéc. p. 372. V. L'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires : les contraintes européennes, F. Sudre, C. Picheral (dir.), Institut de droit européen des droits de l'homme, 2002.

la fonction contentieuse des autorités de régulation. Cette étude permet d'établir que ce n'est pas ce droit qui explique les mutations de cette fonction, mutations qui permettent de manifester l'existence de deux modèles opposés, l'un managérial, l'autre juridictionnel.

SOUS-TITRE II — L'ÉVOLUTION VERS DES MODELES DIFFERENTS

927. Les droits administratifs anglais et français partent d'un fond commun et il n'est pas possible de mettre les évolutions que l'on constate aujourd'hui uniquement sur le compte du droit international. En réalité, l'exercice de la fonction contentieuse dans les deux pays a évolué dans deux directions opposées, l'une managériale au sens que Jacques Chevallier lui donne et l'autre plus juridictionnelle²⁸⁹⁴. L'impact comparé de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est à cet égard exemplaire, alors qu'il n'a eu pratiquement aucune influence dans les secteurs régulés au Royaume-Uni, il a bouleversé l'exercice de la fonction contentieuse en France. Le choix français, de discriminer entre les obligations de l'article 6 applicable en première instance et celles dont l'inobservation peut être rachetée par un recours adéquat, s'oppose au choix anglais d'offrir un véritable mécanisme de recours, offrant toutes les garanties du procès équitable et de laisser l'autorité administrative libre de régler sa procédure à sa guise.

928. L'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles au Royaume-Uni manifeste, en comparaison de la France, un désintérêt de la part de la doctrine et des juges pour la question des droits des personnes sanctionnées ou dont les différends sont tranchés par ces autorités. En même temps, ce désintérêt manifeste la spécificité du régime de la fonction contentieuse des autorités sectorielles car l'attribution d'un pouvoir répressif aux autorités des marchés financiers et de la concurrence s'est traduite par une réflexion sur la manière de concilier les droits des parties et l'efficacité de la répression. Aussi, l'exercice de la fonction contentieuse par les autorités sectorielles est-il caractérisé avant tout par une rationalité managériale. Il faut entendre ce terme au sens que Jacques Chevallier lui donne : « au cœur du management, il y a le principe d'efficacité » et ce principe implique, pour le même auteur, une rationalisation de la production juridique qui se traduit souvent par la participation des parties intéressées à la production de la norme²⁸⁹⁵. L'extension de cette rationalité à la fonction contentieuse aboutit à l'élaboration d'une véritable juridicité négociée qui renouvelle le sens de la sanction dans le droit. Il faudra en analyser les modalités (Chapitre I).

929. Le modèle français se tourne dans une autre direction. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation puis du Conseil d'État et le législateur se sont engagés dans un processus de juridictionnalisation de la production contentieuse des autorités administratives indépendantes. Les autorités sectorielles ont subi cette juridictionnalisation même si elles n'en étaient pas forcément les destinataires prioritaires. La jurisprudence concernait essentiellement les autorités de concurrence et des marchés financiers et ce n'est que par extension, débordement qu'elle a touché les autorités sectorielles, et dans une moindre mesure. Cette évolution traduit le véritable esprit du droit administratif français qui

²⁸⁹⁴ On est face à deux « doctrine de l'Administration », au sens où Wafa Tamzini entend cette notion. V. W. Tamzini, *Recherches sur la doctrine de l'administration*, Thèse dactyl., Université Paris I, 2007, spéc. p. 407 : « Lato sensu, elle [la doctrine de l'Administration] désigne une certaine philosophie d'action, un ensemble d'idées générales, impulsées par les gouvernants et que l'administration traduit et transcrit, par le biais de sa doctrine, qui se matérialise par divers support allant de la circulaire de tout type à la note de service (...). Les principes constituant la doctrine actuelle de l'administration et se résumant très grossièrement à l'efficacité, la transparence et la modernisation ». Cette analyse est intéressante en ce qu'elle manifeste une communauté de conception des doctrines de l'Administration de part et d'autre de la Manche. Toutefois cette doctrine est radicalement différente concernant la fonction contentieuse de l'Administration.

²⁸⁹⁵ V. J. Chevallier, « La juridicisation des préceptes managériaux », préc., spéc. pp. 112-116.

ne parvient pas à faire une place autonome à la notion de fonction contentieuse et s'est donc servi du droit au procès équitable pour accomplir une évolution cohérente avec toute son histoire (Chapitre II).

*

Chapitre I — Le modèle anglais : l'évolution vers un modèle managérial

Chapitre II — Le modèle français : l'évolution vers un modèle juridictionnel

CHAPITRE I — LE MODÈLE ANGLAIS : L'ÉVOLUTION VERS UN MODÈLE MANAGÉRIAL

L'exercice de leur fonction contentieuse par les autorités sectorielles au Royaume-Uni se caractérise par l'existence d'un minimum de garanties procédurales et substantielles — ce pays ayant préféré s'en remettre à l'adéquation du recours plutôt que de soumettre les autorités administratives à des obligations jugées trop encombrantes. La procédure devant ces autorités est donc à la discrétion de celles-ci et caractérisée par son caractère largement informel (Section 1).

Le trait saillant de cette procédure est son utilisation, particulièrement accusée dans le domaine des communications électroniques, de mécanismes managériaux centrés sur la transparence et la participation. Autant l'utilisation de tels mécanismes dans l'édiction d'actes réglementaires semble classique, autant la consultation des parties intéressées — au-delà des destinataires de la décision — au stade d'une procédure contentieuse semble inédite. Elle a pourtant une rationalité propre, explicitée en jurisprudence, dans la fonction de régulation (Section 2).

*

Section 1 — Des garanties minimums

Section 2 — Un degré élevé de transparence : un modèle managérial

Section 1 — *Des garanties minimums*

L'existence de garanties restreintes s'explique par la volonté du législateur anglais de ne pas encadrer, ou de manière extrêmement restreinte, la procédure et les garanties devant les autorités sectorielles. Les opérateurs des secteurs régulés ne bénéficient donc que de garanties législatives qui en réalité ne font que reprendre les exigences de la jurisprudence. Ce retrait du législateur, qui s'explique certainement par la volonté de ne pas donner prise au juge lors de recours contre les décisions, donne à la procédure devant les autorités sectorielles anglaises un caractère très informel, particulièrement dans le domaine du règlement des différends, qui tranche avec la situation de leurs homologues françaises (§1). À côté de cela, les garanties substantielles semblent, elles aussi, limitées (§2).

Ce régime manifeste néanmoins la particularité du régime de la fonction contentieuse des autorités sectorielles anglaise ainsi que leur spécificité, car d'autres autorités ont vu, au contraire, leurs pouvoirs plus sévèrement encadrés (§3).

*

§1 — Le caractère informel de la procédure

§2 — Les garanties substantielles limitées

§3 — La spécificité du régime des autorités sectorielles dans le paysage administratif anglais

*

§ 1 — Le caractère informel de la procédure

930. Dans les secteurs régulés, le législateur a voulu laisser aux autorités sectorielles le soin d'établir leur procédure interne²⁸⁹⁶, mais elles doivent, en retour, assurer la publication de ces règles. Cette liberté est particulièrement affirmée dans le domaine du règlement des différends : l'autorité sectorielle des communications électroniques est libre de fixer la procédure qu'elle entend suivre. Elle n'est astreinte qu'à des obligations de transparence (publication et notification) dans le but de porter à l'attention des personnes susceptibles

²⁸⁹⁶ V. concernant Ofcom : Office of Communications Act 2002 c. 11, Annexe 1, §15, point 1 (« OFCOM may make such other arrangements for regulating their own procedure, and such arrangements for regulating the procedure of the committees established by them, as they think fit »).

d'être concernées, les règles qu'elle s'est fixées²⁸⁹⁷. L'autorité sectorielle dans le domaine de l'énergie n'a, elle, même pas à observer cette dernière formalité²⁸⁹⁸.

Les garanties que le législateur s'est néanmoins évertué à conférer aux opérateurs concernent tout autant la procédure répressive (I) ou celle d'injonction (II) et, enfin, celle de règlement des différends (III).

I — Le caractère informel de la procédure répressive

931. Le caractère assez informel de la procédure n'empêche pas l'existence de certaines garanties législatives globales qui peuvent avoir un impact sur l'exercice de la fonction contentieuse. Mais ces garanties ne sont que la reprise des exigences jurisprudentielles en la matière et le législateur se garde d'intervenir par trop. Il impose en revanche, dans certains domaines, la publication d'un guide détaillant leur politique en matière de sanction financière, publication devant être précédée d'une consultation²⁸⁹⁹. Aussi, les opérateurs ont-ils participé, en amont, à l'élaboration de la procédure répressive. Ce devoir signifie par conséquent que le législateur n'entend pas intervenir pour protéger les droits des acteurs en présence ; c'est à l'autorité administrative que revient cette tâche, si bien que, dans le silence de la loi, les autorités sectorielles anglaises ne sont astreintes à respecter que les principes jurisprudentiels de *natural justice*.

Malgré la grande disparité des situations entre les différents secteurs, on retrouve certaines lignes de force, mais sans que celles-ci aient toujours un caractère systématique. Le législateur est sensible parfois à garantir l'impartialité des organes en question (A) ; ensuite, il aménage, mais de manière disparate, certaines garanties de la défense (B) ; enfin, il organise la forme de la décision répressive (C).

²⁸⁹⁷ V. Communications Act 2003, article 185, §4 : « A reference made under this section is to be made in such manner as OFCOM may require » et article 188, §3 (« The procedure for the consideration and determination of the dispute is to be the procedure that OFCOM consider appropriate »).

²⁸⁹⁸ V. Gas Act 1986, article 27A, §4 : « The practice and procedure to be followed in connection with any such determination shall be such as the Director may consider appropriate ». Electricity Act 1989, article 44C.

²⁸⁹⁹ V. Gas Act 1986, article 30B ; Electricity Act 1989, article 27B ; Railways Act 1993, article 57B. Dans le domaine postal, la loi de 2011 semble avoir supprimé l'ancienne obligation de publier un document détaillant la procédure que l'autorité administrative s'engagera à suivre (V. Postal Services Act 2000, article 31). Un jugement montre tout l'intérêt de la publication d'un guide pour le contrôle ultérieur du juge. Dans l'affaire *Hazelhurst & Ors v Solicitors Regulation Authority*, le juge Nicola Davies avait à juger d'un « appel » d'une décision du Solicitors Disciplinary Tribunal (SDT). Elle déclare « It is of note that the SDT has not published Indicative Sanctions Guidance. Such guidance, identifies the purpose, parameters and range of sanctions. It permits those who appear before it to better understand the proceedings and the thinking of the SDT. It assists the transparency of the proceedings. Such guidance has been used by other regulatory bodies for some years and is a valuable reference point both for the tribunal and for those who appear in front of it, as practitioners or advocates » ([2011] EWHC 462 (Admin), §38). En l'absence de cette circulaire, le juge utilise plusieurs critères pour réformer la sanction : la nature et les circonstances de la faute, la conduite, les efforts déployés par la personne poursuivie pour réparer ses fautes, la nécessité de la répression pour maintenir la confiance dans cette profession.

A — *Les garanties limitées d'impartialité*

932. Le législateur n'aborde pas de manière frontale la question de l'impartialité de la procédure répressive. Il n'organise aucune séparation des fonctions, et ne détaille pas le processus répressif, s'en remettant ainsi à l'autorité. Il organise en revanche, mais dans certains secteurs seulement, la prévention des conflits d'intérêts par des dispositions générales qui s'appliquent à l'exercice de la fonction contentieuse.

Des règles législatives, dans le secteur des communications électroniques, sont ainsi en place pour prévenir ces risques²⁹⁰⁰. Cette disposition n'est finalement que la reprise de la jurisprudence administrative sur l'impartialité. L'intérêt, tel que la loi le définit, est un intérêt pécuniaire ou professionnel, et c'est bien ainsi que la jurisprudence l'entend.

933. Dans la pratique toutefois, certaines autorités ont mis en place des structures *ad hoc* pour prendre en charge la fonction répressive de l'autorité en question. Par exemple, Ofcom a établi un comité intitulé le comité des sanctions de la radiodiffusion (« Broadcasting Sanctions Committee »). Mais les documents administratifs produits par Ofcom ne permettent pas d'établir jusqu'à quel point ce comité est indépendant. La procédure de sanction suivie par Ofcom dans le domaine audiovisuel étant une procédure en deux étapes (une première décision de manquement est suivie, le cas échéant, et si Ofcom en décide ainsi, par une demande de sanction qui est examinée par ce comité), il faut supposer que la composition de cette instance sera déterminée de manière à éviter que la même personne puisse décider de la décision de manquement et de celle de sanction²⁹⁰¹. Toutefois, le détail de ces procédures est extrêmement sommaire, et l'on ne retrouve pas ce souci de séparation des fonctions dans l'ensemble des secteurs.

L'impartialité de la procédure répressive n'est pas davantage encadrée par le législateur et celle-ci n'a pas fait l'objet de recours devant le juge. De même, les droits de la défense prévus par le législateur sont réduits.

B — *Le respect des droits de la défense*

934. La loi ne garantit que des droits de la défense minimums. En l'occurrence, le législateur ne permet aux opérateurs concernés que d'être informés et de formuler des observations²⁹⁰², lesquelles doivent toutefois être prises en compte. Mais ces droits peuvent aussi être utilisés par le législateur dans un but de clémence. Ils peuvent ainsi, dans certains cas, être aménagés de telle manière qu'ils permettent une extinction des poursuites.

935. Ainsi, dans le domaine des communications électroniques, le législateur offre une chance aux entreprises de se racheter, puisque l'existence d'une notification, suivie le cas

²⁹⁰⁰ V. concernant Ofcom : Office of Communications Act 2002, Annexe 1, §17. Une personne ayant un intérêt dans une affaire en discussion dans quelque comité d'Ofcom que ce soit doit le déclarer et ne peut prendre part aux délibérations (« The person with the interest shall declare it and the declaration shall be recorded in the minutes of the meeting. The person with the interest shall not take part in any discussion or decision relating to the matter in which he has an interest »).

²⁹⁰¹ V. Ofcom, Procedures for the consideration of statutory sanctions in broadcasting or other licence-related cases, spéc. §10.

²⁹⁰² V. Communications Act 2003, article 94, §3. Broadcasting Act 1990, article 41, §3. V. Gas Act de 1986, article 30A, §3 ; Electricity Act 1989, article 27A ; Postal Services Act 2011, Schedule 7, § 6(b) ; Railways Act 1993, article 57C.

échéant par une mise en demeure permet de garantir aux personnes concernées la possibilité de remédier aux défaillances révélées par l'autorité administrative. Ce n'est pas le cas dans le domaine de l'audiovisuel, ce qui distingue nettement ici la France du Royaume-Uni²⁹⁰³. Il s'agit d'une garantie importante : les entreprises concernées ont l'opportunité de pouvoir remédier aux défaillances qui leur sont reprochées et, dans ce cas, ne peuvent faire l'objet d'une sanction. Le gouvernement de l'époque avait expliqué ainsi ce choix : « nous proposons [comme garantie supplémentaire] un droit pour ceux qui font l'objet d'une action répressive de défendre leur point de vue avant qu'une action définitive ne soit entreprise et qu'aucune sanction pécuniaire ne puisse être imposée à quelqu'un contrevenant à une condition si cette personne prend rapidement les mesures nécessaires pour se conformer à ses obligations, et remédier aux conséquences que l'infraction a pu causer dès que celle-ci a été portée à leur attention »²⁹⁰⁴. De même, la loi fixe un certain nombre de délais permettant aux entreprises de remédier à leurs infractions, délais qui ne peuvent être réduits qu'en cas d'urgence. On voit donc que là, les droits de la défense sont articulés de manière à permettre à l'entreprise de remédier à la situation et ainsi ne pas être sanctionnée.

936. Dans les secteurs régulés, les juges ne sont pas intervenus pour imposer un niveau plus élevé de protection. Ni les principes du *common law*, ni ceux du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'ont été mobilisés. Cela ne signifie pourtant pas que les juges anglais ont été insensibles à ces questions, dans d'autres domaines qui pourraient, par analogie, servir de guide dans les domaines étudiés. Le contentieux le plus important, où l'article 6 de la Convention ou les principes de *common law* ont été mobilisés, est le contentieux disciplinaire. L'analogie avec les secteurs à l'étude est possible, car il s'agit bien de secteurs aussi où les entreprises pourraient perdre leur droit d'exercer leur activité, ou se le voir suspendre. Dans le domaine financier, l'autorité responsable du contrôle des activités sur les valeurs mobilières et les futures sanctionna un trader, lui interdisant d'exercer son activité pour une période de deux ans. Les juges acceptèrent que, le volet civil de l'article 6 étant engagé, des protections particulières dussent être accordées à la personne poursuivie : c'est à l'autorité administrative qu'incombait la charge de prouver le manquement, la personne poursuivie devait bénéficier du droit d'être informée en temps utile des charges retenues contre elles et du temps nécessaires ainsi que des éléments pour préparer utilement sa défense en produisant des preuves et en questionnant les personnes témoignant à charge contre elle²⁹⁰⁵.

²⁹⁰³ V. Broadcasting Act 1990, article 41, §1 : « If [OFCOM]1 are satisfied that the holder of a Channel 3 or Channel 5 licence has failed to comply with any condition of the licence or with any direction given by [OFCOM] (...) they may (...) serve on him— (a) a notice requiring him to pay, within a specified period, a specified financial penalty to [OFCOM]1 ; or (b) a notice reducing the period for which the licence is to be in force by a specified period not exceeding two years ».

²⁹⁰⁴ V. Standing Committee on the Bill for this Act in the House of Commons the Minister for E-Commerce and Competitiveness (Mr. Stephen Timms) : « we propose the right for those subject to enforcement action to argue their side of the case before a definitive decision is taken, and that no penalty is to be posed against someone contravening a condition if they promptly take appropriate action to comply, and to remedy the consequences of the breach as soon it is brought to their attention ».

²⁹⁰⁵ V. R. (on the application of Fleurose) v Securities and Futures Authority Ltd [2001] EWCA Civ 2015: « We accept for present purposes, as did the judge, that it was for the SFA to prove their case, that the SFA had to inform M Fleurose in good time of the nature of the charges, that he must have adequate time and facilities to prepare his defence, a proper opportunity to give and call evidence and question those witnesses called against him ».

Dans le domaine médical, l'organe disciplinaire avait admis pour prouver un manquement des preuves par oui-dire sans permettre à la personne poursuivie de bénéficier d'un contre-interrogatoire. Dans les circonstances de l'espèce, sans toutefois dégager de principe général conférant un droit à un contre-interrogatoire, le juge estima que le refus de l'autorité en question constitua une violation de l'article 6. La nature des charges (le médecin était accusé d'avoir abusé sexuellement de patients), le fait qu'elles n'étaient corroborées que par un seul témoignage imposait au cas particulier un contre-interrogatoire. Plus que la distinction entre le caractère civil ou pénal du manquement, les juges considèrent que, plus les allégations sont sérieuses, infamantes et emportent des conséquences importantes, plus les garanties doivent être élevées. La décision de l'autorité administrative fut donc annulée²⁹⁰⁶.

937. L'impartialité et les droits de la défense ne font donc pas l'objet de dispositions législatives détaillées et élaborées. Les juges ne se sont pas engagés, comme en France, dans un mouvement clair tendant à augmenter les garanties devant l'autorité sectorielle, préférant adopter une approche casuistique. Comme on le montrera plus bas, il existe une véritable différence de traitement entre les cas qui concernent la répression contre les personnes et ceux qui visent les entreprises. En général, les juges sont beaucoup plus sensibles à protéger les personnes physiques, et par conséquent à imposer un niveau de protection plus élevé dans ce cas, qu'à accroître les garanties pour les personnes morales.

Le législateur organise donc la mise en place des droits de la défense. Il s'intéresse aussi aux formes de la décision répressive.

C — Les formes de la décision répressives

Le législateur garantit la motivation de l'ensemble des décisions qui affectent de manière négative les opérateurs²⁹⁰⁷ ainsi que la notification de celle-ci²⁹⁰⁸. Dans le domaine énergétique, il garantit aussi une publication appropriée de la décision répressive afin de porter l'infraction à la connaissance des personnes susceptibles d'être affectées par la décision.

938. Les garanties législatives entourant la fonction répressive des autorités sectorielles anglaises sont donc limitées. Le législateur est sensible à laisser une grande marge de manœuvre aux autorités pour leur permettre d'adapter leur fonctionnement aux spécificités des circonstances et du secteur. De surcroît, il apparaît qu'il a voulu en réalité combler ce déficit en « première instance » par la mise en place d'une juridiction de recours satisfaisant pleinement aux garanties du procès équitable et ayant les moyens et les compétences pour contrôler au fond ces décisions. L'exercice du pouvoir d'injonction bénéficie aussi d'un très faible encadrement.

²⁹⁰⁶ V. Bonhoeffer, R (on the application of) v General Medical Council [2011] EWHC 1585 (Admin) : « The more serious the allegation, the greater the importance of ensuring that the accused was afforded fair and proper procedural safeguards ». Ce standard était présent dans un jugement précédent : Kulkarni v Milton Keynes Hospital NHS Trust [2009] EWCA Civ 789. Dans ce jugement Laws LJ affirma : « The question whether the claimant should be or have been entitled to arrange for legal representation at the disciplinary hearing cannot in my opinion depend on the proceeding's classification as civil or criminal. The jurisprudence is increasingly to the effect that what matters is the gravity of the issue in the case, rather than the case's classification as civil or criminal. That is the primary driver of the reach of the rights which Article 6 confers » (§ 56).

²⁹⁰⁷ V. Communications Act 2003, article 95, §4 et article 96, §6, a

²⁹⁰⁸ V. Communications Act 2003, article 94, article 95 et article 96, §6.

II — Les conditions d'exercice du pouvoir d'injonction

Le pouvoir d'injonction des autorités sectorielles est essentiellement limité par le respect des droits de la défense.

939. Il peut en effet être exercé de manière très souple. Dans le secteur des communications électroniques, l'autorité n'est astreinte qu'au respect de certaines obligations de transparence (de notification et de publication), qui doivent être conçues de manière à permettre à l'ensemble des parties intéressées de prendre connaissance de l'intention de l'autorité d'exercer ses pouvoirs²⁹⁰⁹. Dans les autres secteurs, le législateur accorde aux parties le droit de formuler des observations²⁹¹⁰. Elle impose aussi à l'autorité d'assurer l'information des personnes susceptibles d'être affectées par la contravention en publiant la décision²⁹¹¹.

940. En cas d'urgence, les garanties sont réduites d'autant : les parties ont seulement le droit de formuler des observations²⁹¹². La garantie procédurale majeure mise en place par le législateur anglais dans ce cas est d'avoir prévu une procédure en deux temps : l'autorité, en matière de communications électroniques, doit d'abord prononcer la mesure d'urgence et doit ensuite la reconsidérer aussi promptement que possible pour, le cas échéant, la confirmer ou l'infirmer. Entre ces deux décisions, le contrevenant peut exercer ses droits et remédier à la situation.

Le pouvoir d'injonction est donc faiblement encadré — l'urgence pouvant justifier la diminution de ces garanties —, alors qu'il a potentiellement des conséquences importantes pour les intéressés. Il en est de même concernant le pouvoir de règlement des différends.

III — L'exercice du pouvoir de règlement des différends

941. La loi encadre la procédure de règlement des différends de manière très sommaire, s'en remettant le plus souvent à l'autorité administrative pour élaborer un cadre procédural adéquat. Dans le domaine des communications électroniques, elle impose le suivi de certaines étapes : l'autorité doit d'abord décider si elle accepte de régler le différend et informer les parties de cette décision, ainsi que des motifs qui la sous-tendent. Il en est de même dans le domaine postal depuis la réforme de 2011²⁹¹³. La loi reprend aussi les délais fixés dans les directives, délais obligatoires dans lesquelles la décision réglant le litige doit être rendue²⁹¹⁴. L'autorité est aussi astreinte à des obligations de motivation, de publication et de notification

²⁹⁰⁹ V. Communications Act 2003, article 105.

²⁹¹⁰ V. Broadcasting Act 1990, article 40, §2. V. Gas Act de 1986, article 29 ; Electricity Act 1989, article 26.

²⁹¹¹ V. Railways Act 1993, article 56. Dans le secteur postal la loi de 2000 prévoyait une telle garantie (V. Postal Services Act 2000, article 26) mais elle n'est pas reprise dans la loi de 2011 sur les services postaux.

²⁹¹² V. Communications Act 2003, article 98 et surtout 99.

²⁹¹³ V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, §14(2) : « OFCOM must decide whether it is appropriate for them to handle the dispute ».

²⁹¹⁴ V. Communications Act 2003, article 188. Gas Act, 1986 article 27D, §2 (deux mois) ; Electricity Act 1989, article 44D (deux mois). Dans le domaine postal, les délais n'étant pas encadrés par le droit européen, la loi impose seulement à Ofcom de résoudre le litige dans les meilleurs délais (V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, §15(3)).

qui doivent cependant être conciliées avec le secret des affaires dont la loi reconnaît la légitimité²⁹¹⁵.

Le législateur n'a pas souhaité s'ingérer outre mesure dans l'organisation de cette procédure, qui est laissée largement à la discrétion de l'autorité administrative.

IV — La confusion des fonctions ?

942. La lecture des documents administratifs (guides, circulaires) produits par les autorités sectorielles sur la manière dont elles entendent mener leur activité contentieuse amène à conclure que la structure administrative, support de la fonction contentieuse, reste encore très traditionnelle, dans un sens assez bureaucratique.

943. Par exemple, la procédure de règlement des différends devant Ofcom semble a priori assez simple. Une fois qu'Ofcom a reçu une demande de règlement d'un différend, l'autorité entame une procédure d'enquête, soumise à un calendrier très serré. L'autorité conduit dans ce cas une réunion informelle qui doit l'aider, à la fin de cette phase à décider si elle accepte ou non de régler ce litige. Si elle accepte de trancher ce litige, elle ouvre la phase de règlement qui se termine par une décision. Mais, Ofcom ne précise pas qui est responsable de chaque phase et s'il y a ou non une séparation entre les personnes chargées d'enquêter et celles qui prennent la décision. L'ensemble de la procédure reste obscur en ce qui concerne le partage des responsabilités dans le temps²⁹¹⁶.

De même, les documents produits par d'autres agences, comme l'Office of Rail Regulation sur la procédure de sanction²⁹¹⁷, manifestent un désintérêt pour cette question.

En réalité, les questions de la confusion ou de la séparation des fonctions, de l'impartialité de l'autorité dans l'exercice de sa fonction de règlement des différends, ne se posent pas au Royaume-Uni.

Conclusion du § 1

Le retrait du législateur a donc permis aux autorités sectorielles d'organiser leur procédure contentieuse pour l'adapter aux spécificités de chaque secteur. Les obligations contenues dans la loi reprennent au mieux les exigences jurisprudentielles, mais vont parfois plus loin, concernant la motivation des décisions notamment. De même, les questions de la séparation des fonctions et de l'impartialité de l'autorité ne se posent pas.

Les garanties substantielles font-elles l'objet d'un encadrement plus strict ?

²⁹¹⁵ V. Communications Act 2003, article 188, §7, b : « OFCOM must publish so much of their determination as (having regard, in particular, to the need to preserve commercial confidentiality) they consider it appropriate to publish ». V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, §17 (la loi impose à Ofcom dans le domaine postal une obligation de motivation complète, de notification et de publication, dans le respect du secret des affaires).

²⁹¹⁶ V. Office of communications, Dispute Resolution Guidelines, Ofcom's guidelines for the handling of regulatory disputes, 2010.

²⁹¹⁷ V. Office of Rail Regulation, Enforcement policy and penalties statement – draft for consultation, November 2005 ; Consultation on Penalties Statement – Reasons for Proposed Changes, 2007 ; Ofgem, Utilities Act Statement of policy with respect to financial penalties.

§ 2 — Les garanties substantielles limitées

Il faudra s'intéresser à la manière dont le législateur organise les droits des parties d'abord concernant le pouvoir d'enquête (I) et d'injonction (II) puis quant au pouvoir de sanction (III) pour analyser enfin l'absence de garanties substantielles liées à l'exercice du pouvoir de règlement des différends (IV).

I — Les pouvoirs d'enquête

944. Ce pouvoir d'enquête est essentiellement de deux types : il permet dans un premier temps à l'autorité administrative d'exiger et de recueillir les informations dont elle a besoin pour mener à bien sa mission ; dans un second temps, il confère, dans certaines conditions, à l'autorité un droit d'accès aux locaux professionnels, sous le contrôle du juge.

Le législateur anglais confère certes des pouvoirs d'enquête, mais il n'encadre ce pouvoir que de manière substantielle : les informations demandées doivent être pertinentes, proportionnées.

945. Le législateur confère aux autorités sectorielles un pouvoir d'enquête qui leur permet de recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission²⁹¹⁸. Dans le domaine du règlement des différends, le pouvoir de demander des informations de l'autorité des communications électroniques s'étend à toutes les parties, mais aussi aux tiers²⁹¹⁹. Ce pouvoir s'ajoute au pouvoir général dont dispose cette autorité d'exiger de toute personne, susceptible de détenir des informations qui pourraient lui être utiles pour accomplir ses fonctions, qu'elle lui fournisse ces informations.

946. La loi s'assure que cette demande d'information est pertinente, proportionnée et s'insère dans le cadre d'une enquête ou d'une plainte²⁹²⁰. C'est donc le motif de la demande ainsi que son contenu que le législateur choisit d'encadrer pour s'assurer que les pouvoirs qu'il attribue sont utilisés de manière pertinente.

947. Le pouvoir d'exiger la fourniture d'information a été contesté devant les tribunaux au nom du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Mais la Chambre des Lords refusa un tel argument. Dans une affaire dans laquelle une autorité locale avait poursuivi les directeurs et les sociétés d'un établissement de santé pour avoir stocké des produits médicaux usagés sans autorisation. L'autorité leur avait notamment enjoint de lui fournir certains renseignements, afin de mener son enquête. Les requérants contestaient ce pouvoir au nom du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (« *privilege against self-incrimination* »). La Chambre des Lords réfuta cet argument au motif que le but de ce pouvoir n'était pas seulement de recueillir des preuves, mais aussi de contribuer, dans l'intérêt public, à la

²⁹¹⁸ V. Railways Act 1993, article 58 qui permet à l'autorité d'exiger la fourniture de certaines informations. La loi encadre de certaines garanties ce pouvoir : il doit être lié à une procédure coercitive et doit donc être cohérent avec ce but. V. Communications Act de 2003, article 135 ; Electricity Act de 1989, article 28 ; Gas Act de 1986, article 38 ; Postal Services Act 2011, Schedule 8, Part 1, §1.

²⁹¹⁹ V. Communications Act de 2003, article 191.

²⁹²⁰ V. Communications Act de 2003, article 137. Le whistleblowing est ainsi important en Angleterre : V. Ofgem, 6 january 2011, « Ofgem announces proposed penalty of £8m on national grid gas for misreporting of information ».

protection de la santé publique et de l'environnement²⁹²¹. Le but de la loi ne pourrait être atteint si ce droit pouvait fonder une justification légitime de ne pas répondre à l'injonction de l'autorité administrative de fournir des informations. Mais, précisent les juges, cette solution ne préjuge en rien de la possibilité pour le requérant d'invoquer, à l'occasion du procès, l'irrégularité de la demande et de faire écarter les preuves recueillies sur le fondement du pouvoir. La doctrine souligne que, selon toute vraisemblance, les juges continueront à adopter une attitude restrictive face à la possibilité d'invoquer le droit à ne pas s'incriminer pour tenter de contrer une demande d'information. Si la demande respecte les conditions fixées dans la loi, ce droit ne peut servir au stade de l'enquête²⁹²².

948. À côté du pouvoir de demander des informations, la loi confère aussi, sous le contrôle du juge, le pouvoir aux autorités sectorielles de pénétrer dans des locaux privés²⁹²³ ou professionnels²⁹²⁴ afin de mener à bien leur enquête et recueillir les preuves nécessaires à l'établissement de leur conviction quant à la culpabilité de la personne visée.

949. L'existence de ces pouvoirs confère sa physionomie particulière à la fonction contentieuse des autorités sectorielles anglaises, dont on peut dire qu'elle n'est pas, même concernant la procédure de règlement des différends, une procédure accusatoire. Le Competition Appeal Tribunal est même allé jusqu'à affirmer qu'Ofcom commettrait une erreur de droit s'il confinait son rôle à celui d'un juge civil ou d'un arbitre en ne prenant en compte que les éléments fournis par les parties²⁹²⁵ lors du règlement d'un litige. De même, Mr Justice Moses affirme, dans le même sens, que l'autorité ferroviaire, dans son rôle de règlement des différends, « est le gardien de l'intérêt public », il n'est donc pas « contraint par les souhaits des parties, lorsqu'il émet une injonction ». Les injonctions que cette autorité peut prononcer peuvent donc être différentes de ce que les parties avaient demandé, car il n'est « ni un juge ni un arbitre »²⁹²⁶.

²⁹²¹ V. *Regina v Hertfordshire County Council* [2000] 2 W.L.R. 373.

²⁹²² V. M. Stallworthy, « The regulation and investigation of commercial activities in the United Kingdom and the privilege against self-incrimination », *International Company and Commercial Law Review*, 2000, pp. 167 suiv. ; J. Landau, « The Right Against Self-incrimination and the Right to Silence under Article 6 », *Judicial Review*, 2007, p. 261.

²⁹²³ V. par ex. pour Ofcom, les pouvoirs que confère le Communications Act de 2003 (article 366) concernent essentiellement le pouvoir d'entrer chez des personnes privées pour vérifier, en cas de non-paiement de la redevance, qu'elles ont un poste de télévision.

²⁹²⁴ V. par ex. Electricity Act de 1989 (article 101).

²⁹²⁵ V. *Competition Appeal Tribunal, T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc* [2008] CAT 12 (20 May 2008) aux §177 suiv. ; V. aussi la décision *Rapture Television Plc v Ofcom* [2008] CAT 6, §108 : « Ofcom's submission, summarised in paragraph 95 above, that it is constrained by the information presented during the negotiations would appear to us to be inconsistent with these statutory provisions. In our judgment an error of law would have arisen if OFCOM approached its consideration and determination of the dispute and the information which it sought in accordance with section 191 within such narrow confines. OFCOM's approach would be open to similar criticism if it excluded material provided to it pursuant to its request under section 191, which may otherwise be relevant, on the basis that it was not material provided during the negotiations. On the other hand OFCOM would properly have in mind the four month period within which a determination is to be made in the absence of exceptional circumstances, when exercising its powers under section 191 »

²⁹²⁶ V. *The Queen On the application of London and Continental Stations and Property Limited v The Rail Regulator* [2003] EWHC 2607 (Admin), spéc. § 28. Traduction de : « having regard to his role as guardian of the public interest, the Regulator is not constrained in the directions he may make by the wishes of the parties. The directions he gives may be different from those which an applicant for the directions sought. He may have a separate agenda. He is not a judge or arbitrator but performs a broader role than that required of a judicial or quasi judicial decision maker. In those circumstances he is not constrained by the wishes of the parties ». V. aussi *Winsor v Bloom* [2002] EWCA Civ 955, spéc. § 21.

À ces pouvoirs d'enquête s'ajoutent des pouvoirs répressifs. La loi permet aux autorités sectorielles d'organiser cette procédure de manière à ne pas la rendre trop lourde et juridictionnelle. Les garanties restent restreintes pour garder à ce mécanisme son caractère informel.

II — Le pouvoir d'injonction

950. Lorsque le législateur confère à une autorité sectorielle un pouvoir d'injonction pour mettre fin à une infraction ou pour éviter sa commission²⁹²⁷, ce pouvoir est encadré de plusieurs manières : il détermine les motifs qui peuvent justifier l'émission d'une injonction, laquelle peut être, en fonction de ces motifs, provisoire ou définitive²⁹²⁸.

En dehors de cela, le législateur n'intervient pas, à la différence de ce qu'il fit concernant le pouvoir de sanction, qu'il a tenté d'organiser de manière à le rendre plus protecteur.

III — L'exercice du pouvoir répressif

Au titre des garanties substantielles, le législateur anglais s'intéresse essentiellement à la source de l'infraction (A) et à la détermination de la sanction (B) et aménage, dans certains cas, un régime de prescription (C).

A — Les garanties touchant à la définition de l'infraction

951. En premier lieu, les textes ne permettent le déclenchement d'une action répressive que pour réprimer des infractions passées²⁹²⁹ ou présentes²⁹³⁰. La source légale de l'infraction est aussi précisée par les textes. Dans le domaine des communications électroniques, la source de l'infraction qui motive la mise en demeure est une condition posée dans l'autorisation²⁹³¹ et la source de la sanction pécuniaire est le non-respect de cette mise en demeure²⁹³². Dans le domaine audiovisuel et énergétique, le non-respect d'une condition de l'autorisation peut justifier seul l'infliction d'une sanction pécuniaire²⁹³³.

Le souci d'encadrer l'infraction s'accompagne de la consécration expresse du principe de proportionnalité.

²⁹²⁷ V. Gas Act de 1986, article 28, §1 ; Electricity Act 1989, article 25.

²⁹²⁸ V. Railways Act 1993, article 55. Cette distinction existait dans le secteur postal dans la loi de 2000 (V. Postal Services Act 2000, articles 22 et 23). Elle n'est pas reprise dans la loi de 2011.

²⁹²⁹ V. V. Communications Act 2003, article 94, §1 ; Broadcasting Act 1990, article 41, §1 ; Gas Act 1986, article 30A, §1a ; Electricity Act 1989, article 27A ; Postal Services Act 2011, Schedule 7, § 6(5) ; Railways Act 1993, article 57A(1)(a).

²⁹³⁰ V. Communications Act 2003, article 94, §1 : « Where OFCOM determine that there are reasonable grounds for believing that a person is contravening, or has contravened » et §8, b ; Gas Act 1986, article 30A, §1a ; Electricity Act 1989, article 27A ; Postal Services Act 2011, Schedule 7, § 6(5) ; Railways Act 1993, article 57A(1)(a).

²⁹³¹ V. Communications Act 2003, article 94, §1.

²⁹³² V. Communications Act 2003, article 96, § 2.

²⁹³³ V. Broadcasting Act 1990, article 41, §1 ; Gas Act 1986, article 30A, §1(a).

Une fois l'infraction prouvée (1), la sanction doit d'abord être proportionnée (2). À côté de cette garantie, les autorités sectorielles ont choisi de publier des critères permettant de déterminer plus finement la sanction (3).

1 — Le régime de preuve en matière de sanction administrative

952. Le droit de *common law* a mis en place un régime de preuve très sophistiqué. En droit pénal l'autorité de poursuite doit établir la culpabilité de la personne « au-delà de tout doute raisonnable » (« *beyond reasonable doubt* »). En revanche, lors d'un procès civil c'est « la balance des probabilités » qui s'applique (« *the balance of probabilities* »).

953. La question qui peut se poser dans ces conditions est celle de savoir quel standard de preuve s'applique en matière de sanction administrative. Il semble que dans les domaines à l'étude, c'est le standard civil qui s'applique. Le Competition Appeal Tribunal a ainsi jugé qu'en matière de droit de la concurrence, les pratiques devaient être prouvées à l'aide du standard civil, c'est-à-dire la balance ou prépondérance des probabilités. L'application de ce standard signifie que « les preuves doivent être suffisantes pour convaincre le Tribunal, en fonction des circonstances de l'affaire et pour surmonter la présomption d'innocence dont bénéficie l'entreprise »²⁹³⁴. Ce standard signifie que l'autorité administrative doit être convaincue, avant de se prononcer, qu'il est probable que les faits allégués ont eu lieu, cette probabilité doit être supérieure à la conviction opposée (que les faits n'ont pas eu lieu). Mais ce standard est flexible et impose que plus les charges retenues sont sérieuses et sont susceptibles d'avoir des conséquences négatives pour l'individu ou l'entreprise plus le niveau de preuve que l'Administration doit réunir doit être élevé²⁹³⁵. Il a ainsi été jugé qu' : « à l'intérieur du standard civil, plus les charges sont sérieuses, plus les preuves réunies doivent être convaincantes avant que le tribunal ne conclue que les allégations sont établies en fonction du standard de la balance des probabilités. Comme les infractions contenues dans cette loi sont punies de sanctions importantes, les preuves à réunir doivent être fortes et convaincantes, même en appliquant le standard civil »²⁹³⁶.

954. Dans les secteurs à l'étude les lois précisent que les autorités sectorielles, avant d'imposer une sanction, doivent être « satisfaites » que les faits ont bien eu lieu. Ce terme a été considéré comme impliquant l'utilisation du standard civil. C'est donc la balance des

²⁹³⁴ V. *JJB Sports plc v Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, spéc. § 204. Traduction de : « The evidence must however be sufficient to convince the Tribunal in the circumstances of the particular case, and to overcome the presumption of innocence to which the undertaking concerned is entitled ». V. *North Midland Construction PLC v Office of Fair Trading* [2011] CAT 14, spéc. §§ 14-16 ; *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading (No.4)* [2002] CAT 1, spéc. § 109. V. *Gale v Serious Organised Crime Agency* [2011] UKSC 49, spéc. § 54.

²⁹³⁵ V. *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading (Napp 4)*, spéc. §§ 106-107.

²⁹³⁶ *Ibidem*. Traduction libre de : « Within the civil standard, however, the more serious the allegation, the more cogent should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the preponderance of probability. Since cases under the Act involving penalties are serious matters, it follows from *Re H* that strong and convincing evidence will be required before infringements of the Chapter I and Chapter II prohibitions can be found to be proved, even to the civil standard ».

probabilités qui s'appliquera dans ces domaines, et qui s'appliquera suivant une échelle : plus la sanction sera sévère plus le niveau de preuves devra être élevé.

955. Toutefois, comme l'avouent les juges ces distinctions n'ont peut-être pas une pertinence très forte. Dans le cadre de la répression administrative, dans laquelle aucune preuve de l'intention n'est requise bien souvent, c'est l'établissement des faits qui entraîne l'infliction de la sanction. Le Competition Appeal Tribunal estime ainsi qu'il envisagerait mal de maintenir la sanction décidée par l'Office of Fair Trading « si un doute raisonnable s'installait dans l'esprit des juges ou s'ils n'étaient rien moins que sûrs que la décision était solidement justifiée »²⁹³⁷.

En plus de respecter certains standards de preuve, l'autorité sectorielle doit obéir au principe de proportionnalité.

2 — *Le principe de proportionnalité*

Le principe de proportionnalité, consacré en droit de l'Union européenne ainsi que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'est aussi, dans les secteurs régulés, par le législateur, mais de façon quelque peu disparate (a). Pourtant, la jurisprudence ne manifeste pas, ou manifeste timidement, son utilisation (b).

a — Une consécration législative désordonnée

956. C'est surtout vers le respect de la proportionnalité que le législateur a dirigé son attention. L'économie de la loi, dans le domaine des communications électroniques, est orientée essentiellement vers la garantie de la proportionnalité de l'action coercitive. La loi détaille précisément l'échelle chronologique des mesures que peuvent prendre les autorités sectorielles depuis la mise en demeure, la sanction pécuniaire et enfin la suspension de l'autorisation. Cette proportionnalité est aussi assurée au niveau de la fixation du montant de la sanction pécuniaire. D'abord, un tel principe n'existant pas formellement en droit administratif interne, le législateur confère expressément ce droit, dans la fixation du montant de la sanction. L'autorité sectorielle doit donc fixer ce montant de manière à ce qu'il reflète la gravité de l'infraction. Le législateur pose plusieurs conditions supplémentaires qui doivent guider l'autorité administrative dans la fixation d'une amende proportionnée : la loi fixe d'abord un plafond maximum à l'amende, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires²⁹³⁸, et ensuite un certain nombre de circonstances atténuantes (essentiellement les actions menées par l'entreprise en question pour remédier à l'infraction) ; enfin, la loi impose à l'autorité administrative de prendre en compte les observations formulées par le contrevenant.

957. Sans se référer expressément au principe de proportionnalité, le législateur peut aussi faire référence à des standards qui se rapportent *in fine* à la proportionnalité. Ainsi, dans les domaines énergétique et postal, l'autorité ne peut imposer qu'une sanction raisonnable, en

²⁹³⁷ *Ibidem*. Traduction de : Indeed, whether we are, in technical terms, applying a civil standard on the basis of strong and convincing evidence, or a criminal standard of beyond reasonable doubt, we think in practice the result is likely to be the same. We find it difficult to imagine, for example, this Tribunal upholding a penalty if there were a reasonable doubt in our minds, or if we were anything less than sure that the decision was soundly based".

²⁹³⁸ V. Communications Act 2003, article 97, §1 (le maximum est fixé ici à 10 % du chiffre d'affaires).

rapport avec les circonstances de l'espèce²⁹³⁹, et la loi prévoit pour ce faire un plafond²⁹⁴⁰. Il semble que ce critère ne corresponde pas au standard du raisonnable tel qu'il est issu de la jurisprudence *Wednesbury*²⁹⁴¹ et corresponde à une véritable proportionnalité.

Dans le domaine audiovisuel, les garanties sont plus succinctes. La proportionnalité de la sanction n'est pas une exigence législative, la loi se contentant de fixer un plafond au montant de l'amende²⁹⁴². Elle prévoit néanmoins une échelle puisqu'elle envisage d'abord le prononcé d'une injonction, puis celui d'une sanction financière et enfin le retrait de l'autorisation²⁹⁴³.

À quelle utilisation le principe de proportionnalité a-t-il donné lieu en jurisprudence ?

b — Une utilisation timide en jurisprudence

958. Certains auteurs ont pu prophétiser une plus large application de ce principe par les juges²⁹⁴⁴. Il n'en est rien, en tout cas dans les secteurs régulés. L'étude de la jurisprudence montre que lorsque le principe de proportionnalité est invoqué devant les tribunaux c'est en grande majorité pour contester, non pas le montant d'une sanction, mais la restriction d'une liberté publique.

959. Il en a été ainsi pour la liberté d'expression : un requérant contesta une décision émise par Ofcom au motif que celle-ci aurait constitué une ingérence disproportionnée dans la jouissance de son droit à la liberté d'expression. Le droit à la liberté d'expression est reconnu par le Human Rights Act et dès lors toute ingérence par une autorité publique dans ce droit doit être proportionnée. Le juge considéra toutefois que ce principe fut respecté en l'espèce étant donné le caractère insultant des propos tenus par le présentateur, d'autant plus qu'Ofcom ne prononça aucune sanction contre la chaîne ni l'interviewer à l'origine des insultes²⁹⁴⁵. La proportionnalité des décisions contentieuses d'Ofcom a donc été contrôlée par les juges par l'intermédiaire du Human Rights Act. Dans une autre affaire concernant une sanction financière imposée par Postcomm à Royal Mail, les juges n'ont en revanche pas contrôlé la proportionnalité de la sanction, le moyen n'ayant pas été invoqué²⁹⁴⁶.

La détermination de la sanction est donc fortement influencée par le principe de proportionnalité. Pour aller plus loin et être plus précis dans la détermination du montant de la sanction, les autorités sectorielles prennent en compte les circonstances de l'infraction ainsi qu'un certain nombre de facteurs relatifs au comportement de l'entreprise poursuivie.

²⁹³⁹ V. Gas Act 1986, article 30A ; Electricity Act 1989, article 27A ; Postal Services Act 2011, Schedule 7, § 7 (1)(b) ; Railways Act 1993, article 57A.

²⁹⁴⁰ V. Railways Act 1993, article 57A, 3 (10 %) ; Postal Services Act 2011, Schedule 7, § 7(2) (la loi fixe ici un plafond à 10 % du chiffre d'affaires)

²⁹⁴¹ V. sur ce point E. Pennington, « Utilities Act 2000 - financial penalties: a critical analysis », *International Energy Law & Taxation Review*, 2001, spéc. p. 178.

²⁹⁴² V. Broadcasting Act 1990, article 41, §1A (le plafond est fixé à 5 %).

²⁹⁴³ V. Broadcasting Act 1990, article 42.

²⁹⁴⁴ V. A. Robertson, M. Lester, S. Love, « Judicial review in the UK of competition and state aid decisions: Part 1 », *European Competition Law Review*, 2007, pp. 553 suiv., spéc. p. 562. V. la discussion dans cette décision : *British Telecommunications Plc v Director General of Telecommunications* CO/1506/2000 (4 August 2000) 2000 WL 1213055 ; V. aussi *The Law of Human Rights*, préc., n°11.267.

²⁹⁴⁵ V. *Gaunt v OFCOM* [2010] EWHC 1756 (QB) (13 July 2010).

²⁹⁴⁶ V. *Royal Mail Group Plc v The Postal Services Commission* [2008] EWCA Civ 33 (05 February 2008). Les fonctions de Postcomm ont été transférées depuis 2011 à Ofcom (V. Postal Services Act 2011).

Les éléments d'affinement tiennent d'une part au comportement de l'entreprise poursuivie et d'autre part à un certain nombre de circonstances atténuantes ou aggravantes.

960. Les autorités sectorielles anglaises ont décidé de publier les critères qui seront susceptibles de susciter l'indulgence ou au contraire la plus grande sévérité de l'autorité dans la détermination du montant de la sanction. Le législateur, s'il ne confère directement que peu de garanties au justiciable, impose néanmoins aux autorités sectorielles la publication de guides dans lesquels celles-ci doivent expliquer leur politique en matière de sanction. La jurisprudence est venue préciser à ce propos que ces autorités sont tenues de respecter les principes qu'elles édictent dans ces guides²⁹⁴⁷.

Quelles précisions les autorités sectorielles ont-elles apportées pour compléter les lacunes de la loi ?

La non-contestation des griefs est un motif qui, par exemple, peut être pris en compte dans la pratique au Royaume-Uni²⁹⁴⁸. De même, dans le domaine de l'électricité, l'autorité peut prendre en compte plusieurs circonstances aggravantes ou atténuantes selon le cas : la gravité, la durée, la réitération de l'infraction, le gain réalisé, l'absence de procédure de contrôle, l'implication du management ou encore les tentatives pour cacher le manquement²⁹⁴⁹. Dans le domaine des communications électroniques, la loi impose à Ofcom de prendre en compte dans le niveau de la sanction les mesures prises pour remédier à la situation²⁹⁵⁰.

La loi garantit essentiellement la proportionnalité de la sanction. Les autorités sectorielles ont choisi, par mesure de transparence, de publier des critères qui l'aideront dans la détermination du montant définitif de la sanction. La loi s'est aussi attachée à fixer un régime d'oubli des infractions.

²⁹⁴⁷ V. *Royal Mail Group Plc v Postal Services Commission* [2007] EWHC 1205 (Admin) : « The conventional law was that where a particular body was subject to guidance or a policy, it was obliged to take that policy into account and if departing from it, to give clear reasons for having done so. Guidance did not bind a public authority to act in accordance with it whatever the circumstances, since to do so would distort the concept of guidance. Equally an obligation to have regard to a policy was not the same as an obligation to follow it. However, in the instant case, by s.31(1) of the Act Parliament had required the commission to publish a policy statement concerning the imposition of penalties and the determination of their amount, and to a very large extent had indicated how the commission's discretion should be exercised. The obligation to have regard to the policy recognised that there might be circumstances in which it was appropriate not to apply the policy to the letter, but there had to be very good reasons for not applying it. In the circumstances of the instant case there was a need for something exceptional to justify a failure to follow the policy. Since the limitation of the policy to a starting point considering benefit and burden was itself decided following a consultation process and on its face was reasonable, a later discovery that it failed to achieve what the commission thought it would, was not a sufficient reason to justify departing from that policy. Accordingly the penalty was quashed ».

²⁹⁴⁸ V. par ex. cette décision d'Ofgem, 7 February 2011, « Ofgem imposes fines totalling £1 million on local power grid companies » : « The companies have all co-operated with Ofgem's investigation and have accepted its findings. This is reflected in the level of Ofgem's penalties, which otherwise would have been higher ».

²⁹⁴⁹ V. Ofgem, 7 February 2011, Proposal of the Gas and Electricity Markets Authority to impose a financial penalty, following an investigation into compliance with SLC 4D, SLC 12 and SLC 30 of the electricity distribution licence by Central Networks East plc and Central Networks West plc.

²⁹⁵⁰ V. Communications Act 2003, article 97(2).

C — *L'aménagement d'un régime de prescription*

Dans les domaines énergétique et ferroviaire, le législateur prévoit une prescription des infractions²⁹⁵¹ dans le cas où l'infraction n'a pas fait l'objet précédemment d'une mise en demeure, provisoire ou définitive.

Le pouvoir de sanction est donc entouré de certains garde-fous. Le pouvoir de règlement ne bénéficie, lui, d'aucune garantie législative particulière.

IV — *Le pouvoir de règlement des différends*

La loi a choisi de ne pas encadrer au niveau substantiel la manière dont le règlement des différends était organisé devant les autorités sectorielles. La jurisprudence est donc venue préciser les limites de ce pouvoir, spécialement en ce qui concerne sa nature (A), sa portée rétroactive (B) et le respect que celui-ci doit au principe de confiance légitime (B).

A — *La nature de la procédure*

Le contentieux T-Mobile a été l'occasion pour le Competition Appeal Tribunal de clarifier le rôle d'Ofcom lorsque cette autorité agit en tant qu'autorité de règlement des différends²⁹⁵².

961. Cette décision a constitué un revers cuisant pour Ofcom, mais a permis au juge d'affirmer clairement la nature de ce pouvoir, c'est un pouvoir de réglementation des contrats. Le juge reproche à Ofcom de s'être comporté comme un arbitre et non comme une autorité administrative et d'avoir considéré son pouvoir comme tel, au lieu de l'envisager comme « un procédé autonome de réglementation »²⁹⁵³.

962. Aussi, Ofcom n'est-elle pas contrainte par les prétentions des parties. Même si celles-ci sont sans fondement, Ofcom doit tout de même vérifier que le résultat auquel les parties sont parvenues est conforme aux objectifs fixés par les législateurs (européen et interne). Ofcom doit donc toujours regarder et s'interroger pour savoir si certaines clauses du contrat, même celles qui ne font pas l'objet du différend, peuvent justifier une intervention.

963. En conséquence, Ofcom n'est pas non plus liée par les prix que demandent les parties. Le prix que l'autorité doit fixer est le prix conforme aux dispositions législatives et non le prix que demande l'une ou l'autre partie.

²⁹⁵¹ V. Gas Act 1986, article 30C (cinq ans) ; Electricity Act 1989, article 27C (cinq ans) ; Railways Act 1993, article 57D. Le Postal Services Act de 2011 semble avoir supprimé le régime de prescription qui s'appliquait antérieurement (V. Postal Services Act 2000, article 34).

²⁹⁵² V. T-Mobile (UK) Limited, British Telecommunications Plc, Hutchison 3G UK Limited, Cable & Wireless UK & Ors, Vodafone Limited, Orange Personal Communications Services Limited v Office of Communications [2008] CAT 12, spéc. §175 suiv..

²⁹⁵³ V. T-Mobile (UK) Limited, British Telecommunications Plc, Hutchison 3G UK Limited, Cable & Wireless UK & Ors, Vodafone Limited, Orange Personal Communications Services Limited v Office of Communications [2008] CAT 12, spéc. § 93 : « That provision (...) rather emphasises that dispute resolution is an autonomous regulatory process which forms part and parcel of the overall regulatory framework ».

De surcroît, Ofcom peut utiliser, pour mener à bien sa tâche, des informations non fournies par les parties, par exemple des informations qu'elle aurait obtenues lors de ses enquêtes de marché.

964. En conclusion, le Competition Appeal Tribunal juge que chaque décision de règlement des différends doit être justifiée en référence aux objectifs législatifs qu'il incombe à l'autorité de poursuivre. Le règlement des différends, malgré ses apparences, ne doit donc pas être confondu avec l'office du juge civil ou celui de l'arbitre, il s'agit bien de l'exercice d'un pouvoir de réglementation des contrats à l'occasion d'un différend.

L'essence de ce pouvoir explique aussi certains de ses caractères saillants, notamment sa portée rétroactive.

B — Le problème du caractère rétroactif du pouvoir de règlement des différends

965. Comme en France, c'est le caractère rétroactif de ce pouvoir qui a pu être contesté devant le Competition Appeal Tribunal. British Telecom avait contesté, dans son recours, le pouvoir d'Ofcom de traiter de questions passées. Son pouvoir de résolution des différends serait, au contraire, limité à la connaissance des différends présents ou futurs. L'hypothèse visée concerne le cas où l'entreprise dominante, en l'occurrence British Telecom, modifie son comportement et se met en infraction par rapport à ses obligations réglementaires. Ce changement peut au départ passer inaperçu et les autres opérateurs ne signaler leur différend que longtemps après. La compétence d'Ofcom s'étend-elle au moment où le différend est constitué ou au contraire à partir du moment où l'opérateur dominant a commencé à se mettre en infraction ? Le Competition Appeal Tribunal jugea à cette occasion que la compétence de règlement des différends pouvait s'étendre rétroactivement au moment où l'opérateur a commencé à agir en contravention avec ses obligations, même si ce point est antérieur à la naissance du différend, donnant ainsi un caractère nettement rétroactif au pouvoir de règlement des différends²⁹⁵⁴.

966. Cette solution est d'autant plus originale que la Court of Appeal a jugé en revanche qu'Ofcom — et le Competition Appeal Tribunal — n'a pas la compétence, dans l'exercice de leur pouvoir de fixer des conditions pour restreindre le pouvoir de marché des opérateurs dominants, de donner à sa décision un caractère rétroactif²⁹⁵⁵. Dans cette décision, le juge

²⁹⁵⁴ V. *British Telecommunications Plc v Office of Communications* [2010] CAT 15.

²⁹⁵⁵ V. *Vodafone Ltd and others v British Telecommunications plc* [2010] EWCA Civ 391, spéc. § 41-42. Il s'agissait d'un recours contre une décision du Competition Appeal Tribunal qui avait pour effet d'imposer à Ofcom de donner un caractère rétroactif à sa décision. Or la loi dispose que le Tribunal ne peut enjoindre à Ofcom de modifier sa décision que dans la limite des pouvoirs dont ce dernier dispose. Le juge Richards affirme : « In my view, however, they [the directions of the CAT to Ofcom] were truly retrospective (or retroactive) in character, purporting to alter the content of past obligations; they did not merely refer to past events in order to determine the content of future obligations. They amended for each of the four years 2007 to 2011 the terms of a condition that, by section 45(1)(a), was binding on the MNOs to whom it was applied. I do not see how breach of a binding condition could be anything other than a contravention of that condition for the purposes of the Act. If, therefore, the amendment was valid, its consequence was that MNOs who had complied with the condition in the first two years of the four-year period became retrospectively and unavoidably in contravention of the condition in respect of those two years; which, in turn, brought them within the scope of the enforcement provisions of sections 94-104, albeit Ofcom might be expected to exercise in their favour the various discretions it enjoys under those provisions. If such a surprising result had been intended, I would have expected clear statutory language to that effect. There is no hint of it in the straightforward language of section 45(10)(e). That is a further reason for reading the power of modification in the way I have indicated. I do not

Richards affirme bien que seul le Parlement, par une disposition expresse, peut conférer à une autorité administrative le pouvoir de donner un caractère rétroactif à ses décisions. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Or, ce n'était pas non plus le cas concernant le pouvoir de règlement des différends. Dans le second cas, dans le silence des textes, les juges sont arrivés à la conclusion inverse, confirmant encore, s'il en était besoin, la spécificité du régime juridique de la fonction de règlement des différends.

La jurisprudence a aussi eu à contrôler l'exercice de ce pouvoir en fonction du principe de confiance légitime.

C — Le règlement des différends et le principe de confiance légitime

967. Le principe de confiance légitime est un principe nouvellement consacré en droit administratif anglais²⁹⁵⁶. Les juges ont posé certains critères permettant de constituer la confiance légitime. Il faut d'abord que l'autorité publique ait fourni une assurance, formulé une promesse sur laquelle une confiance peut être basée. Les juges testent en général le caractère raisonnable et réaliste de l'attente, le comportement de l'administré (celui-ci doit dévoiler l'ensemble des éléments des informations dont il dispose, il doit jouer « cartes sur table »²⁹⁵⁷).

968. Une fois reconnue la légitimité de l'attente suscitée par l'Administration, le régime juridique du principe est double. Si une autorité publique, dans l'exercice de ses fonctions, a suscité chez un particulier une confiance légitime dans la jouissance de sa situation et si cette autorité décide de changer sa politique, ce changement peut être illégal. Mais le fondement de cette illégalité peut être procédural ou substantiel. Ainsi, dans le premier cas, la confiance légitime entraîne l'application de garanties procédurales : l'intérêt protégé, jugé peut être peu important, ou en tout cas insuffisant pour contrebalancer l'intérêt qui s'attache à la possibilité pour l'autorité administrative de changer de politique ; aussi, la seule confiance que

think it necessary for this purpose to have specific resort to the presumption against retroactive legislation as a canon of construction or, therefore, to resolve the competing arguments as to whether the presumption is capable of applying in this particular context ».

²⁹⁵⁶ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 647 suiv. ; De Smith, Wool and Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, préc., pp. 417 suiv. ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 446 suiv. (cet ouvrage ne traite la confiance légitime que dans son aspect procédural, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la trahison de la confiance légitime nécessite au préalable l'application de garanties procédurales) ; S. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (Oxford University Press, 2000) ; C. Forsyth, « The Provenance and Protection of Legitimate Expectations » [1988] CLJ. 238 ; P. Elias, « Legitimate Expectation and Judicial Review », in J. Jowell and D. Oliver (eds), *New Directions in Judicial Review* (Sweet & Maxwell, 1988), pp. 37-50 ; P. Craig, « Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis » (1992) 108 L.Q.R. 79 ; R. Singh, « Making Legitimate Use of Legitimate Expectations » (1994) 144 N.L.J. 1215 ; P. Craig, « Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law » (1996) CLJ. 289 ; P. Craig, « Substantive Legitimate Expectations and the Principles of Judicial Review », in M. Andenas (ed), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, 1998, chap. 3 ; Y. Dotan, « Why Administrators should be Bound by their Policies » (1997) 17 O.J.L.S. 23 ; P. Craig and S. Schonberg, « Substantive Legitimate Expectations after Coughlan » [2000] P.L. 684 ; R. Clayton, « Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency » [2003] C.L.J. 93 ; P. Sales and K. Steyn, « Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis » [2004] P.L. 564 ; I. Steele, « Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance? » (2005) 121 L.Q.R. 300 ; P. Reynolds, « Legitimate expectations and the protection of trust in public officials », *Public Law*, 2011, pp. 330 suiv. ; S. D. Orsi, « Legitimate expectations: an overview », *Judicial Review*, 2010, 15(4), pp. 388-393.

²⁹⁵⁷ V. R. v Inland Revenue Commissioners Ex p. MFK Underwriting Agents Ltd [1990] 1 W.L.R. 1545 ; R. v Inland Revenue Commissioners Ex p. Matrix Securities Ltd [1994] 1 W.L.R. 334.

l'administré pouvait avoir est que l'autorité publique, avant de changer sa politique, lui ait donné une opportunité de présenter ses observations. Mais, dans le second cas, certaines promesses sont considérées par les tribunaux comme étant substantielles c'est-à-dire comme portant sur le fond de la politique elle-même et sur sa permanence. La décision Coughlan²⁹⁵⁸, qui consacre ce fondement, concernait un patient, sérieusement handicapé lors d'un accident, que l'autorité de santé avait décidé de changer d'hôpital et de placer dans un établissement plus moderne avec l'assurance qu'il pourrait y vivre aussi longtemps qu'il le souhaiterait. Dans ce dernier cas, le test employé par les juges consiste à établir si la trahison de la confiance légitime induit une injustice qui confine à l'abus de pouvoir²⁹⁵⁹. Le juge doit peser, mettre en balance l'intérêt de l'Administration qui doit pouvoir changer et adapter sa politique aux circonstances nouvelles et les exigences essentielles de justice.

969. Ce principe a donc été soulevé devant le Competition Appeal Tribunal, lors d'un recours formé par British Telecom contre une décision de règlement des différends rendue par Ofcom²⁹⁶⁰. Cette société soutenait ainsi qu'Ofcom avait suscité une confiance légitime dans l'interprétation d'une disposition réglementaire, interprétation dont elle se serait départie lors du règlement de ce litige. Le Tribunal accepte d'examiner ce moyen, mais l'écarte au motif qu'il est certes possible pour une autorité publique d'expliquer qu'elle appliquera une disposition d'une certaine manière, mais la clarté de celle-ci empêche toute instauration d'une confiance légitime. Si la disposition en question est claire, alors British Telecom doit prouver que l'autorité administrative a exprimé clairement son intention d'appliquer différemment cette disposition, malgré sa clarté²⁹⁶¹. Or, la clarté de la disposition associée à l'absence d'assurance quelconque de l'autorité administrative empêchent cet argument de prospérer.

Conclusion du § 2

La procédure devant les autorités sectorielles garde donc un aspect informel très prononcé, le législateur encadrant seulement la proportionnalité de la sanction. On remarquera aussi le caractère très dérogatoire de la procédure de règlement des différends, notamment dans ses effets temporels, caractère que l'on retrouvera en France.

Plusieurs éléments, dans les décisions de justice et dans les documents législatifs, montrent que le système anglais préfère s'en remettre à un recours adéquat pour préserver la liberté d'action des autorités sectorielles plutôt que d'imposer des garanties trop importantes en première instance qui risqueraient de limiter ou de rendre plus lourde son activité. Ainsi, par exemple, dans un jugement concernant l'autorité sectorielle de l'énergie, Ofgem, le juge expliqua que l'insuffisance de la motivation de la décision de l'autorité pouvait être corrigée lors du recours, à l'occasion duquel cette autorité pourrait fournir l'ensemble des détails et des

²⁹⁵⁸ V. R. v North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2001] Q.B. 213 : « Nursing care: legitimate expectations: respect for home », Public Law, 1999, Win, pp. 749-750 ; P. Craig, S. Schonberg « Substantive legitimate expectations after Coughlan », Public Law, 2000, Win, pp. 684-701 ; N. Sheldon, P. Havers, « Politicians' promises and abuse of power », Judicial Review, 2000, 5(2), pp. 96-99 ; M. Elliott, « Coughlan: substantive protection of legitimate expectations revisited », Judicial Review, 2000, 5(1), pp. 27-32.

²⁹⁵⁹ V. P. Craig, Administrative Law, préc., spéc. p. 657, n° 20-016.

²⁹⁶⁰ V. British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits) [2011] CAT 5, spéc. §207 suiv..

²⁹⁶¹ V. British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits) [2011] CAT 5, spéc. §230.

raisons contestées par les requérants²⁹⁶². De même, la doctrine souligne que le choix par le législateur de prévoir une voie de recours appropriée dans les lois sectorielles reflète la conscience du Parlement du besoin de se conformer aux obligations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui impose un recours de pleine juridiction lorsque l'organe de première instance ne satisfait pas aux exigences du procès équitable²⁹⁶³.

Malgré cette précision, on constate que les autorités sectorielles bénéficient d'un régime spécifique dans le paysage administratif anglais.

§ 3 — La spécificité des autorités sectorielles dans le paysage administratif anglais

À cet égard, les autorités sectorielles se distinguent nettement du régime législatif beaucoup plus protecteur mis en place dans les domaines des marchés financiers et de la concurrence (I). D'autre part, il est singulier de voir que les tendances de la jurisprudence sont à contester l'action administrative sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans bien d'autres domaines que celui de la régulation. L'impact de cette convention au Royaume-Uni et en France est donc différent (II). Il faudra enfin s'intéresser aux réflexions de la doctrine anglaise sur la confusion des fonctions d'accusation, d'instruction et de décision au sein des autorités administratives (III).

I — La spécificité du régime de la fonction contentieuse des autorités sectorielles par rapport aux autorités de concurrence et des marchés financiers

Si, pour faciliter la comparaison, l'on prend le problème de la séparation des fonctions, on observe que la jurisprudence et la loi ont été plus conscientes de ce problème concernant l'autorité de la concurrence et celle des marchés financiers.

970. Dans certains jugements, le Competition Appeal Tribunal, ne manque pas de critiquer — sans pourtant en tirer de conséquences juridiques — la confusion des fonctions au sein de l'Office of Fair Trading : « Comme nous l'avons indiqué plus haut, nous acceptons que les articles 6 § 1 et 6 § 2 s'appliquent tous deux aux procédures qui aboutissent potentiellement à l'imposition d'une amende pour sanctionner l'infraction contenue dans les chapitres I et II. Nous concédons aussi que l'argument selon lequel la procédure administrative devant le Directeur ne respecte pas en soi l'article 6 § 1, notamment parce que le Directeur cumule les

²⁹⁶² V. R (on the application of Scottish Power Energy Management Ltd v Gas and Electricity Markets Authority [2005] EWHC 2324 (Admin). Dans cette décision, il fut jugé que « The defendant was not required to give detailed reasons for its decision in relation to points raised by the claimants on the method of calculating charges for the use of the electricity transmission system under art 23(2) of Council Directive (EC) 2003/54 on the Internal Market in Electricity that had been adopted by that decision because it was implicit in art 23(6) that, if the defendant rejected complaints made thereunder in relation to a decision or a proposal for a decision, it had to give detailed reasons for so doing ». En effet, l'article 23(6) confère à toute partie le droit à un recours si bien qu'il faut interpréter cette décision ainsi : « On its true construction, since it was implicit in art 23(6) of IMED [Internal Market in Electricity Directive] that if the defendant [Ofgem] rejected complaints, it had to give detailed reasons for so doing, it followed that IMED did not contemplate that the decision itself should provide such a detailed answer, or that there was any obligation so to do ».

²⁹⁶³ V. E. Pennington, « Utilities Act 2000 - financial penalties: a critical analysis », International Energy Law & Taxation Review, 2001, pp. 176 suiv.. L'auteur affirme que : « The appeal procedure discussed above has perhaps been prompted by the Human Rights Act ».

fonctions d'enquête, de poursuite et de décision. Toutefois, comme nous l'avons indiqué précédemment, ceci ne constitue pas en soi un manquement à l'article 6 § 1, car la décision administrative que produit le Directeur est sujette au contrôle de pleine juridiction de ce Tribunal »²⁹⁶⁴. Cette confusion est aussi notée par les juges de la section administrative du High Court : « Il est clair que la loi sur la concurrence attribue à l'O.F.T. au moins deux (et sans doute trois) fonctions à part, quoique potentiellement des chevauchements puissent exister entre elles : celle d'enquête sur des éventuels manquements, celle de poursuite, de ceux qui auraient enfreint cette loi, suivant en cela les règles posées par le législateur, et enfin celle de décision »²⁹⁶⁵.

971. Malgré ces commentaires, les juges, déférant envers la volonté du législateur et le pouvoir discrétionnaire que celui-ci a conféré à l'autorité de concurrence, n'ont pas voulu imposer une séparation des fonctions à cette autorité. Il se trouve néanmoins un exemple où la séparation des fonctions s'est imposée, mais pas sous l'impulsion du législateur.

972. Dans le domaine des marchés financiers, l'autorité administrative, à la suite d'un intense lobbying de la profession au stade de la discussion de la loi, a mis en place une véritable séparation des fonctions réglementaire et contentieuse avec la création d'une instance séparée — comparable à la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers. Lors de la discussion du projet de loi, des inquiétudes se sont exprimées concernant les pouvoirs de sanction de la future autorité : « Les commentaires sur le projet de loi se sont focalisés sur la procédure disciplinaire. Il y a une perception que les procédures internes de la Financial Services Authority manquent d'équité et de transparence [...] et que

²⁹⁶⁴ V. *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd & Ors v Office of Communications* [2002] CAT 1 (15 January 2002), spéc. §137 : « As we have just indicated, we accept that both Article 6(1) and (2) of the ECHR apply to proceedings potentially involving a penalty imposed for a breach of the Chapter I and Chapter II prohibitions. We also accept that there is force in the argument that the administrative procedure before the Director does not in itself comply with Article 6(1), notably because the Director himself combines the roles of investigator, prosecutor and decision maker. However, as we have already indicated in paragraph 74 of our judgment of 8 August 2001, that in itself involves no breach of Article 6 because the Director's administrative Decision is subject to full judicial control on the merits by this Tribunal ». V. aussi *Claymore Dairies Ltd and Arla Foods UK PLC v Office of Fair Trading* [2003] CAT 18 (02 September 2003) : « The second factor is that the OFT, under the system, combines, as we know, the role of prosecutor and the role of decision-maker. At a certain stage it is primarily a prosecutor and then, at the end of the administrative procedure, it is, as it were later on, a decision-maker, so there is that dual role. (...) ». Plus loin le juge continue en mettant en évidence la confusion des fonctions au sein de l'Office of Fair Trading (§11) : « In the system as established by the Act it seems to us in general that there are probably three stages. At the first stage the OFT is investigating. Then it moves to a second stage at which it has to decide whether it is to issue a Rule 14 notice. At that point, in our view, its mode is primarily a prosecutorial mode; in other words, the OFT has primarily its prosecutorial hat on. It seems to us that the question the OFT must ask itself is the question similar to that which a prosecutor would ask in other contexts, "Am I satisfied that this evidence, if uncontested, would be sufficient to establish a Chapter I infringement?" The OFT, if it can answer that question in the affirmative, will then proceed to issue a Rule 14 notice. Then comes the third stage. The OFT, as decision maker, will hear arguments and will have to weigh up the evidence. The question for the OFT then at the end of that proceeding is still the question whether it is satisfied that the infringement is sufficiently proved, giving due weight to the presumption of innocence and any reasonable doubt there may be ».

²⁹⁶⁵ V. *Cityhook Ltd Cityhook (Cornwall) Ltd, R (on the application of) v Office of Fair Trading (Rev 1)* [2009] EWHC 57 (Admin) (20 January 2009), §86 : « It is clear that the Competition Act confers upon the OFT at least two (and, arguably three) discrete, albeit potentially overlapping, functions: that of investigator of an alleged infringement, that of 'prosecutor' of those considered to have infringed the Act in the manner prescribed by the Act and then that of decision-maker ».

cette autorité sera à la fois « procureur, juge et jury »²⁹⁶⁶. Les travaux parlementaires mettent en évidence la conscience des parlementaires et des acteurs des problèmes de compatibilité du système répressif envisagé avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁹⁶⁷. Mais ce n'est pas le législateur, mais l'autorité des marchés financiers elle-même qui a séparé la fonction contentieuse de la fonction réglementaire en créant une instance séparée²⁹⁶⁸ (le Regulatory Decision Committee), ainsi qu'un tribunal spécial chargé de connaître des recours contre les décisions de cette instance (le Financial Services and Markets Tribunal). À la suite d'une décision sévère de ce tribunal critiquant le « manque d'indépendance de la division répressive [de la F.S.A.] afin d'assister le comité dans sa prise de décision »²⁹⁶⁹, le rapport Strachan commandé par l'Autorité des services financiers (F.S.A.), recommanda une séparation plus nette de chaque fonction, dotée de davantage de garanties d'indépendance²⁹⁷⁰. Ces recommandations aboutirent à « une séparation formelle des fonctions d'enquête, de poursuite et de jugement au sein de la F.S.A. »²⁹⁷¹.

973. La doctrine s'est davantage intéressée à la compatibilité avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme des régimes répressifs instaurés dans les domaines financiers et fiscaux qu'à celle des procédures coercitives des autorités sectorielles avec les exigences de cette convention²⁹⁷².

²⁹⁶⁶ V. Joint Committee on Financial Services and Markets, First Report, 27 April 1999, §147. Traduction libre de : « The need for the FSA to be equipped with a range of disciplinary powers including fines was generally accepted by consultees. Instead the main focus of comment on the draft Bill has been on the disciplinary process. There has been a perception that the FSA internal procedures may lack fairness and transparency, or be unduly costly and burdensome, and that the FSA will be able to act as "prosecutor, judge and jury". »

²⁹⁶⁷ V. I. MacNeil, *An introduction to the law on financial investment*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005, spéc. pp. 83-84 : « The disciplinary procedure provisions of FSMA 2000 attracted considerable attention during the committee stages in Parliament as debate focused on their compatibility with the Human Rights Act 1998. The main issue was the compatibility of the procedures with article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) which provides for the right to a fair trial. Potential contraventions were identified by reference to the following: (a) the extent to which the disciplinary procedure and the role of the FSA provided for a fair trial; (b) the absence of legal assistance to secure representation for persons appearing before the Financial Services Tribunal; (c) the standard of proof to be required in hearings before the Financial Services Tribunal; (d) the use of compelled evidence in disciplinary proceedings; and (e) the absence of legal certainty in the definition of market abuse ». V. aussi, *Regulating financial services and markets in the twenty first century*, E. Ferran, C. A. E. Goodhart (ed.), Oxford, Hart, 2001, spéc. les chap. 8 et 9.

²⁹⁶⁸ V. Financial Services Authority, *Decision Procedure and Penalties Manual and the Enforcement Guide Feedback on CP07/2 Review of the Enforcement and Decision making manuals*, Regulatory Decisions Committee, §3. L'autorité justifie son choix de cette manière : « Our board set up the Regulatory Decisions Committee because the Financial Services and Markets Act (FSMA) requires the investigation and recommendation functions to be carried out separately from the taking of decisions and issuing of statutory notices ».

²⁹⁶⁹ V. Davidson & Tatham (Cost Decision) [2006] UKFSM FSM040 (11 October 2006) : « In our view the decision-making process at the time of the disputed decision had the defects identified in the enforcement process review, namely that before the case was referred to the Committee there was no dedicated legal function independent of the Enforcement Division to assist the Committee in its decision-making » (§63) ; « Again, the decision-making process at the time of the disputed decision had the defect that there was no dedicated independent legal function to assist the Committee with legal advice and support » (§69).

²⁹⁷⁰ V. Financial Services Authority, *Enforcement process review, Report and recommendations*, July 2005. Le rapport est disponible ici : http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/enf_process_review_report.pdf.

²⁹⁷¹ V. N. Garoupa, A. Ogus, A. Sanders, « The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences: Is There an Economic Case For Integration? », *Cambridge Law Journal*, 70(1), March 2011, pp. 229-259, spéc. pp. 240.

²⁹⁷² V. sur ce sujet P. Davies, « Self Incrimination, Fair Trials and the Pursuit of Corporate and Financial Wrongdoing », in B. Markesinis (ed), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University

974. Il ne serait donc pas exact de dire qu'il n'y a pas de prise de conscience, au Royaume-Uni, que le cumul des fonctions est un problème. Cette conscience émerge aussi au niveau européen, certains critiquant le cumul entre les mains de la Commission des fonctions de procureur, d'enquêteur et de décision²⁹⁷³. Mais cette conscience ne concerne en tout cas pas, au Royaume-Uni, les autorités sectorielles. La Convention européenne a-t-elle eu un impact sur le droit administratif anglais ?

II — L'impact de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur l'action administrative au Royaume-Uni

975. La doctrine a mis en évidence que l'impact de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'est fait surtout sentir, en droit administratif anglais, dans des domaines complètement différents des secteurs régulés. Le droit à un procès équitable a davantage été invoqué dans des affaires relatives au droit au logement, aux allocations sociales, au droit d'asile, à l'urbanisme²⁹⁷⁴. Il n'a pas eu d'effets notables sur la fonction proprement contentieuse de l'Administration, les juges se rangeant facilement derrière la protection que l'existence d'un recours effectif peut procurer.

Press, 1998, p. 31 ; N. Jordan, « The Implications for Commercial Lawyers in Practice », in B. Markesinis (ed), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University Press, 1998, chap. 10, p. 133 ; J. Beatson, « Which Regulatory Bodies are Subject to the Human Rights Act? », *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 12 ; N. Jordan, « Impact of the Human Rights Act upon Compliance: the Taxation Viewpoint », *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 13 ; G. Staple, « Financial Services and the Human Rights Act », Staple G., « Financial Services and the Human Rights Act », *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 15 ; M. Blair, « Human Rights and Market Abuse », *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 16 ; Joint Opinions of Lord Lester of Herne Hill QC and Javan Herberg, and Lord Lester of Herne Hill QC and Monica Carrs-Frisk, « Counsels' Opinions on the impact of the ECHR on the Draft Financial and Markets Bill » in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process*, Hart Publishing, 1999, appendix ; T. Lowe, « Financial Services: Parliamentary Anatomy of Human Rights » in Wilberforce Chambers, *The Essential Human Rights Act 1998*, Wilberforce Chambers, 2000. Ces références sont cités in *The Law of Human Rights*, préc., pp. 702-703, note 1348 ; N. Clayton, « The FSA and Articles 1 and 6 of the ECHR », *Company Lawyer*, 2003, pp. 41 suiv..

²⁹⁷³ V. W. P. J. Wils, *Principles of European antitrust enforcement*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005, spéc. pp. 166 suiv. (chap. 6) ; W. P. J. Wils, « The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function », 27 *World Competition: L. & ECON. REV.* 202-215 (2004) ; I. S. Forrester, « Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures », *European Law Review*, 2009, pp. 817 suiv. ; Bo Vesterdorf, « Due Process Before the Commission of the European Union? Some Reflections Upon Reading the Commission Draft Paper on Best Practices in Antitrust Proceedings », *The CPI Antitrust Journal*, April 2010 (1). Sur l'influence éventuelle du Traité de Lisbonne sur le respect des droits par la Commission : W. Weiss, « Human Rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon », *European Competition Law Review*, 2011, 32(4), pp. 186-195.

²⁹⁷⁴ V. E. Palmer, *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act*, Oxford, Portland, Or., Hart Publishing, 2007, spéc. chap. 8 « Article 6 ECHR: Judicial Review, Due Process and the Protection of Socio-economic Rights », p. 303. V. pour la jurisprudence : *R (on the Application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2001] 2 All ER 929 ; *Runa Begum v Tower Hamlets London BC* [2003] UKHL 5.

III — La réflexion de la doctrine anglaise sur la confusion des fonctions d'enquête, de poursuites et de décision

976. La doctrine ne manifeste pas un complet désintérêt pour cette question. L'histoire de la confusion des fonctions au sein de l'Administration est ancienne. Mais il ne s'agit que de la fusion des fonctions d'enquête et de poursuite. Nuno Garoupa, Anthony Ogus et Andrew Sanders²⁹⁷⁵ expliquent ainsi qu'au XIX^e siècle, avec le développement de l'intervention de l'État que marque le Factories Act de 1833, la confusion des fonctions était à son comble en ce qui concerne les fonctions de poursuite et d'enquête et ce modèle est resté prégnant jusqu'à aujourd'hui. En 1981, la Royal Commission recommanda une division de ces fonctions et l'établissement d'une fonction de poursuite bénéficiant de l'expertise d'un juriste indépendant²⁹⁷⁶. Malgré cette proposition il semble que la pratique administrative telle que l'atteste la doctrine, soit à la confusion des fonctions : « Dans la plupart des agences, il y a une direction juridique responsable de l'établissement et de la préparation des poursuites, et ces juristes peuvent en effet être impliqués dans l'affaire à un stade précoce du processus répressif. Mais, dans d'autres, les agents chargés de l'enquête préparent l'affaire et sont chargés de poursuivre le contrevenant devant les tribunaux, qu'ils aient suivi ou non une formation juridique »²⁹⁷⁷. Dans tous ces cas, la fonction de jugement est en tout cas séparée puisque c'est un tribunal répressif qui sera chargé de prononcer la sentence finale. Mais, avec le développement des autorités sectorielles et de la répression administrative depuis les années deux mille, la confusion des fonctions devient plus grande puisque le pouvoir de décision est désormais intégré à la structure administrative chargée autrefois uniquement de la poursuite et de l'enquête²⁹⁷⁸. La situation anglaise tranche de manière très nette avec les questions

²⁹⁷⁵ V. N. Garoupa, A. Ogus, A. Sanders, « The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences: Is There an Economic Case For Integration? », *Cambridge Law Journal*, 70(1), March 2011, pp. 229–259, spéc. pp. 237 suiv..

²⁹⁷⁶ V. K.W. Lidstone, R. Hogg and F. Sutcliffe, « Prosecutions by Private Individuals and Non-Police Agencies », Royal Commission on Criminal Procedure, Research Study 10, 1981.

²⁹⁷⁷ V. N. Garoupa, A. Ogus, A. Sanders, « The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences: Is There an Economic Case For Integration? », préc., p. 238. Traduction de : « In most agencies, there is a legal division which is responsible for assessing and preparing the case for prosecution, and these lawyers may indeed become involved in a case at an early stage in the enforcement process. But, in some, the investigating officers themselves prepare and prosecute the case in the magistrates' courts, whether or not they have legal training. If a prosecution is undertaken in the Crown Court, a qualified solicitor or barrister takes responsibility for appearing in court and such a person may be from the agency's legal division or else contractually engaged for the purpose. In all these respects these arrangements are very similar to the police arrangements prior to the 1981 Royal Commission that were described earlier ».

²⁹⁷⁸ V. A. McHarg, « Separation of Function and Regulatory Agencies: Dispute Resolution in the Privatized Utilities », in *Administrative Justice in the 21st Century*, M. Harris and M. Partington (ed.), Oxford, Hart Publishing 1999. Cet auteur se fait l'écho des quelques demandes pour une séparation des fonctions au sein des autorités sectorielles. Ces demandes émanèrent du Council on Tribunals, de parlementaires ainsi que de certains économistes : « During the passage of the 1992 Act, the Council on Tribunals reiterated the views it had earlier, and unsuccessfully, expressed in relation to the Water and Electricity Bills that these determination powers were judicial rather than regulatory in nature and hence ought to be made subject to its jurisdiction. Others, including the Labour Party, a Conservative backbencher, and a Financial Times leader, went further, arguing that economic regulation and investigation of complaints ought to be separated and an independent consumer ombudsman established to deal with the latter. Their argument was essentially, as Lewis and Birkinshaw have put it, that "a person who has bargained prices, objectives and standards may not be sufficiently disinterested to hold the ring as between the utility and its customers" (N. Lewis, P. Birkinshaw, *When Citizens Complain: reforming justice and administration*, Open University Press, Buckingham, 1993, p. 219). The Government resisted both sets of arguments » (p. 217).

juridiques soulevées en France et même aux États-Unis où la question de la séparation des fonctions est importante et a été traitée par la création au sein des agences de l'« *administrative law judge* »²⁹⁷⁹.

977. Malgré cette évolution, la doctrine ne semble pas s'en émouvoir. La doctrine pénaliste réfléchit au problème de confusion entre les fonctions de procureur et celle d'enquête,²⁹⁸⁰ mais celle de droit administratif ne semble pas s'en préoccuper, à quelques exceptions près²⁹⁸¹. De même, si les juges relèvent que cette confusion est regrettable, ils ne souhaitent pas imposer de séparation.

Conclusion du § 3

Le contraste entre l'application très limitée dans les secteurs régulés des protections contenues dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et celle plus large concernant les individus dans les domaines sus-évoqués s'expliquerait par le fait que les entités sujettes à la répression administrative sont avant tout des entreprises. Ainsi Karen Yeung explique que « La doctrine qui s'est intéressée à la répression administrative a prêté peu d'attention à l'équité procédurale, et ce manque peut être attribué en partie au fait que ceux qui sont sujets aux procédures répressives sont typiquement des entreprises plutôt que des individus. Dans la mesure où les droits relatifs à l'équité procédurale sont directement fondés sur les besoins et les aspirations humaines, sur la nature des individus en tant que personnes morales, ils peuvent en effet sembler inapplicables aux défendeurs lorsque ceux-ci sont des sociétés »²⁹⁸². La nature des requérants serait ainsi un facteur d'explication de la différence.

Les juges anglais et peut-être aussi les avocats seraient ainsi plus conscients de ces problèmes lorsqu'il s'agit de procédures répressives qui frappent les particuliers plutôt que les entreprises. En même temps, ce régime montre la spécificité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans le paysage administratif anglais, que ce soit par rapport aux autres autorités administratives indépendantes ou aux autres administrations.

La faiblesse des garanties ne doit pas toutefois masquer l'évolution de l'action de ces autorités vers plus de transparence et une conception managériale de leur procédure contentieuse.

²⁹⁷⁹ V. M. Asimow, « When the Curtain Falls: Separation of Functions in the Federal Administrative Agencies », 81 Columbia Law Review 759 (1981).

²⁹⁸⁰ V. par ex. R. M. White, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-formulation of the 'Philips Principle' », The Modern Law Review, vol. 69, March 2006, n° 2, pp. 143-182.

²⁹⁸¹ V. l'appréciation concordante de I. Forrester, « Antitrust Judicial Review: A synthesis of EU and national case laws », e-Competitions, n° 35611.

²⁹⁸² V. K. Yeung, *Securing compliance : a principled approach*, Oxford, Hart Pub., 2004, spéc. pp. 45-46. Traduction libre de : « In considering the appropriate role (if any) of rights in the implementation of commercial regulation, it is useful to focus on the right to 'due process' (often referred to as the 'right to a fair trial'), which lies at the heart of the constitutional value of procedural fairness, for it is this right that is likely to be of greatest relevance in the enforcement context. Throughout regulatory compliance scholarship, relatively little attention has been paid to procedural fairness, and this may be partly attributed to the fact that those subject to enforcement proceedings are typically corporate entities rather than individuals. To the extent that due process rights are directly founded on essentially human needs and aspirations, on the nature of individual persons as moral agents, then they may seem inapplicable to corporate defendants ».

Section 2 — *Le modèle managérial*

978. C'est à un double niveau que l'influence d'un modèle managérial peut être mise en évidence dans l'exercice de la fonction contentieuse²⁹⁸³. D'une part, d'un point de vue procédural, la transparence de la procédure est un élément caractéristique de la fonction contentieuse des autorités sectorielles anglaises. D'autre part, d'un point de vue plus substantiel, le modèle répressif suivi, celui de la « *responsive regulation* », qui se traduit tant dans les textes législatifs que dans la pratique des autorités, aboutit à un modèle de négociation de la sanction, de juridicité négociée, qui privilégie l'efficacité au détriment de la garantie des droits.

À un premier niveau, les autorités sectorielles peuvent ainsi apparaître comme un laboratoire où s'élaborent de nouvelles formes de procédures administratives et on ne peut qu'être frappé, à cet égard, par l'émergence d'un principe de consultation des parties prenantes en droit de la décision individuelle. L'émergence d'un principe de consultation de l'ensemble de ces parties prenantes semble alors donner raison à Jürgen Habermas, pour lequel la validité normative ne peut être déterminée a priori par le contenu de la norme, mais par la procédure mise en place, le principe discursif qui impose un dialogue de l'ensemble des acteurs pour obtenir un consensus sur la norme en question. Les acteurs du marché, participant à l'élaboration des normes, ne peuvent ainsi que les considérer comme légitimes²⁹⁸⁴. Est-ce véritablement nouveau ?

979. Michel Fromont a mis en évidence l'existence d'une échelle à trois niveaux de participation des intéressés à la procédure administrative : « plusieurs conceptions de la participation des intéressés peuvent être distinguées bien que la plupart des systèmes juridiques les fassent coexister. Il y a tout d'abord une conception binaire qui fut longtemps prépondérante. Selon cette conception, l'élaboration d'une décision administrative ne concerne qu'une personne, le destinataire de la décision, que celui-ci ait pris l'initiative d'une demande ou non ; la procédure se ramène alors à un dialogue entre l'autorité administrative et cette personne. Il y a ensuite une conception pluraliste qui peut prendre elle-même plusieurs formes. Il y a des procédures qui font intervenir, outre le destinataire de la future décision, seulement le tiers dont les droits ou les intérêts sont directement affectés par la décision envisagée, par exemple. Il y a ensuite les procédures qui permettent à l'ensemble du public de participer à l'élaboration de la décision, ce qui est le cas par exemple, des enquêtes

²⁹⁸³ L'influence du management est sensible dans de nombreux autres aspects de la gouvernance des autorités sectorielles et des services publics en général. V. par ex. Good Governance Standard in Public Services, OPM and CIPFA, 2004 ; Department for Business Innovations & Skills, Principles for Economic Regulation, avril 2011. C'est surtout dans la structure de l'instance exécutive des autorités indépendantes que les principes de la gouvernance d'entreprise ont eu une influence sensible puisque cette structure reflète les recommandations du rapport Higgs sur l'importance des "non-executive directors", recommandations faites à l'origine pour améliorer la gouvernance des entreprises (Derek Higgs, Review of the role and effectiveness of non-executive directors, January 2003, The Department of Trade and Industry).

²⁹⁸⁴ V. J. Habermas, Droit et démocratie : Entre faits et normes, Paris, Gallimard, Coll. Essais, 1997, Trad. de « Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats », 1992, spéc. pp. 188 suiv. ; M. Rosenfeld, « "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence », in Jürgen Habermas et le Droit, Revue du Droit Public, 1er novembre 2007, n° 6, p. 1506.

publiques »²⁹⁸⁵. Michel Fromont n'établit pas de lien entre la nature de la décision en question et le degré de participation des personnes intéressées. Cependant, dans les droits administratifs anglais et français, la décision contentieuse n'implique la participation que des personnes directement intéressées à l'issue de la procédure. Il n'y a pas de principe général permettant aux tiers ou, encore moins, au public de participer. La participation publique est bien souvent restreinte à la procédure d'expropriation.

980. On constate donc, dans le cadre de l'édiction des actes individuels de nature contentieuse, une implication plus grande des tiers, à travers la notion, au Royaume-Uni de partie prenante (« *stakeholder* »). L'implication des parties prenantes, notion qui comprend non seulement les personnes directement visées par la décision, mais aussi les tiers à celle-ci qui risquent d'être affectés par cette décision, s'étend désormais aux actes individuels²⁹⁸⁶. Or, même dans les pays dans lesquels la procédure administrative est codifiée, et dans lesquels la loi impose des obligations de consultation, elle ne le fait que pour les actes de portée générale²⁹⁸⁷. Ainsi, aux États-Unis, la procédure du « *notice-and-comment* » ne s'applique que pour l'activité réglementaire des autorités indépendantes. Ou, à l'inverse, les procédures contentieuses imposent la participation et la consultation des intéressés, mais sur un modèle juridictionnel, *a priori* hostile à l'implication des tiers.

981. Or, on observe de plus en plus que la pratique des autorités sectorielles anglaises se caractérise par une large consultation qui s'étend aux actes de portée individuelle — ce qui distingue à ce niveau aussi les autorités sectorielles de la pratique administrative normale qui réserve la participation aux actes de portée générale²⁹⁸⁸. Or, les droits des tiers à commenter la future décision de l'autorité sont garantis au Royaume-Uni par la pratique de la consultation

²⁹⁸⁵ V. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, préc., pp. 215-216. Pour la situation en Italie qui a codifié les droits de la défense dans les années quatre-vingt-dix : R. Caranta, « Participation into Administrative Procedures: Achievements and Problems », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, pp. 311 suiv.. Pour une étude sur l'impact de la concertation sur les performances de l'Administration : J.-C. Helin, « Décision administrative concertée et performance », in *Performances et droit administratif*, N. Albert (dir.), Litec LexisNexis, Coll. Colloques & Débats, 2010, pp. 71-88.

²⁹⁸⁶ On ne peut passer sous silence le fait que ce principe s'introduit aussi dans l'univers du juridictionnel à travers la pratique croissante de l'*amicus curiae*. Dans sa thèse sur ce sujet Séverine Menétrey note que l'*amicus curiae* « contribue, par ses qualités propres, à l'élaboration de la décision (...) », en faisant « valoir des intérêts plus généraux que ceux des parties » qui manifeste « une conception renouvelée de l'intérêt général » puisque, ajoute Gérard Farjat, « l'on reconnaît l'existence d'intérêts collectifs et qu'on admet l'expression de l'intérêt général par d'autres que le ministère public, dont le rôle lui a parfois été comparé ». V. G. Farjat, « Bibliographie », *Revue internationale de droit économique* 4/2010 (t. XXIV), p. 519-527. V. S. Menétrey, *L'amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 97, 2010.

²⁹⁸⁷ V. pour le cas espagnol, O. Mir Puigpelat, « Participation in Administrative Procedures: Lessons from the Spanish Experience », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, spéc. p. 333 (les actes individuels sont gouvernés par les principes traditionnels du droit de la défense dont bénéficient les personnes intéressées par la décision ainsi que les instances représentant les intérêts collectifs ; en revanche la procédure réglementaire doit être précédée comme aux États-Unis, d'une procédure de participation) ; pour le cas italien, Bernardo Giorgio Mattarella, « Participation in Rulemaking in Italy », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, spéc. pp. 339 suiv.. Il y a aussi des études sur l'extension de ces procédures en droit international et spécifiquement dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler le droit administratif global : F. Spagnuolo, « Beyond Participation: Administrative-Law Type Mechanisms in Global Environmental Governance. Toward a New Basis of Legitimacy? », *European Public Law*, 2009, vol. 15, n°1, pp. 49-62.

²⁹⁸⁸ V. D. J. Galligan, *Due process and fair procedures : a study of administrative procedures*, Oxford, Clarendon, 1996, spéc. chap. 3 ; *Making the Law*, The Report of the Hansard Society Commission on the Legislative Process, 1993, p. 42 (sur la nécessité de consulter les parties prenantes avant l'adopter des actes d'exécution de la loi).

sur les décisions individuelles, de sanction et de règlement des différends. Certes, le degré de transparence n'est pas identique d'une autorité à l'autre. La procédure suivie par Ofcom dans le domaine des communications électroniques peut néanmoins servir d'étalon, tant elle semble constituer l'aboutissement du processus de consultation et de transparence dans les procédures contentieuses.

Il faudra étudier successivement les caractères de la transparence (§1), pour montrer ensuite comment la stratégie répressive des autorités sectorielles obéit à un modèle de rationalité managériale, la « *responsive regulation* » (§2).

§ 1 — La caractérisation de la transparence

Il faudra analyser successivement les fondements (I), les moyens (II) et les manifestations de cette transparence (III).

I — Les fondements de la transparence : la nécessité d'inclure les tiers dans la procédure contentieuse

Deux types de fondements qui influencent la manière dont la fonction contentieuse est mise en œuvre peuvent être isolés : le premier, le mouvement intitulé « *better regulation* », et initié par le gouvernement travailliste a profondément influencé la manière dont l'Administration fonctionne (A) ; tandis que le second, plus immédiat, est la mission de régulation, qui impose la consultation des opérateurs du marché en question, surtout dans le domaine du règlement des différends (B).

A — Le fondement médiat : le mouvement « better regulation » et le renouvellement de la procédure administrative

Le programme « mieux réglementer » (« *better regulation* »), devenu désormais le programme « réglementer de manière intelligente » (« *smart regulation* »)²⁹⁸⁹, manifeste,

²⁹⁸⁹ La Commission européenne a, semble-t-il, changé son mot d'ordre qui n'est plus désormais à la « *better regulation* », mais à la « *smart regulation* ». La doctrine semble ne pas voir de conséquences juridiques précises associées à ce changement de notion. Il s'agit apparemment du nouveau slogan de la Commission. La Commission tire néanmoins trois conséquences de ce changement : d'abord elle entend évaluer les politiques mises en place tout au long de leur application ; ensuite, ce programme voudrait impliquer davantage l'ensemble des autres institutions communautaires et nationales à la discussion des politiques ; enfin, il souhaiterait engager davantage l'ensemble des parties prenantes dans le processus législatif (V. Commission européenne, *Smart Regulation in the European Union*, COM(2010)543 (8 October 2010). V. H. McColm, « Smart Regulation: The European Commission's Updated Strategy », *European Journal of Risk Regulation*, 1/2011, pp. 9-11 ; L. Allio, « On the Smartness of Smart Regulation – A Brief Comment on the Future Reform Agenda », *European Journal of Risk Regulation*, n°1/2011, pp. 19-20 ; OCDE, Conférence « Regulatory Policy at the Crossroads, 28-29, octobre 2010, Paris, spéc. « Part IV. Regulatory Governance: The New Frontier » ; J. Hanebury, « Smart Regulation—Rhetoric or Reality? », *Alberta Law Review*, vol. 44, n° 1 (July 2006), pp. 33-63 (l'auteur conclut que les principes de ce nouveau slogan ne sont pas nouveaux) ; N. Gunningham, P. Grabosky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford University Press, Oxford, UK, 1998 (ces auteurs ne théorisent pas la différence entre *smart* et *better regulation*, ils s'intéressent aux principes à utiliser pour mettre en place une meilleure politique de l'environnement. Pour ces auteurs « Smart Regulation is that, in the majority of circumstances, the use of multiple rather than single policy instruments, and a broader range of regulatory actors

comme le note Anthony Ogus, un changement de paradigme par rapport au mot d'ordre des années quatre-vingts qui était centré sur la déréglementation²⁹⁹⁰. Ce programme de travail, centré d'abord sur la réglementation, ne s'est intéressé que tardivement aux procédures contentieuses suivies par l'Administration²⁹⁹¹. Il ne faudra insister ici que sur la manière dont ce « programme » influence la procédure contentieuse devant l'Administration, car il a des conséquences qui dépassent de loin ce seul thème²⁹⁹².

982. C'est avec les rapports Hampton et surtout Macrory que l'intérêt pour les procédures contentieuses s'est développé. Le rapport Macrory a dégagé un certain nombre de principes, tenant à la procédure administrative, qui doivent guider les autorités administratives chargées de sanctionner les manquements aux lois et règlements : d'abord, les autorités doivent publier un guide expliquant leur politique en matière de sanction ; ensuite, les autorités doivent être toujours en mesure de justifier leur choix d'engager une procédure répressive et expliquer en quoi celle-ci est appropriée ; enfin, ces autorités doivent promouvoir la transparence de leur activité coercitive à un double niveau : l'ensemble des parties prenantes doit être au courant des actions menées et de la méthodologie utilisée par l'autorité pour calculer le montant de la sanction²⁹⁹³. Aussi, l'activité répressive doit-elle, elle aussi, devenir transparente²⁹⁹⁴, principe qui avait d'ailleurs déjà été retenu par la « Better Regulation Commission » comme devant gouverner la répression administrative²⁹⁹⁵. Dans ce rapport la transparence sur la répression implique plusieurs éléments : révéler publiquement les personnes qui ont été l'objet d'une sanction et publier des informations sur l'issue des actions répressives²⁹⁹⁶.

983. L'activité répressive des autorités sectorielles doit donc impliquer l'ensemble des parties prenantes si bien que la scène contentieuse n'est plus seulement la chose des parties,

can and should be used to produce better regulation than single instrument or single party approaches ». Concrètement « Smart Regulation argues that policy-makers should take advantage of a number of largely unrecognized opportunities, strategies and techniques for achieving efficient and effective environmental policy, including: by designing complementary instrument mixes rather than relying on single instrument approaches; by preferring less interventionist measures to the extent that this is practicable; by escalating response up an instrument pyramid (utilising not only government but also business and third parties) so as to build in regulatory responsiveness and dependability of outcomes; by empowering third parties (both commercial and non-commercial) to act as surrogate regulators and by maximising opportunities for win-win outcomes (expanding the boundaries within which such opportunities are available and encouraging business to go 'beyond compliance' with existing legal requirements) » (V. N. Gunningham, « Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures », *J Environmental Law*, 2009, Volume 21 Issue 2, pp. 179-212).

²⁹⁹⁰ V. A. Ogus, « Better Regulation—Better Enforcement », pp. 107 suiv. ; R. Baldwin, « Better Regulation: Tensions Aboard the Enterprise », pp. 27–9 in *Better regulation*, S. Weatherill (ed.), Oxford, Portland Or., Hart Pub., 2007 ; T. Prosser, *The Regulatory Enterprise*, préc., p. 206. V. aussi le numéro spécial de la revue *European Public Law* sur ce sujet (vol. 17, n° 3, 2011) avec notamment les articles suivant : A. Meuwese, P. Popelier, « Legal Implications of Better Regulation: A Special Issue » (2011) 17 *European Public Law* pp. 455–466 ; C. Brown, C. Scott, « Regulation, Public Law, and Better Regulation » (2011) 17 *European Public Law* pp. 467–484 ; A. Meuwese, « Embedding Consultation Procedures: Law or Institutionalization? » (2011) 17 *European Public Law* pp. 527–538 ; P. Popelier, « Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox » (2011) 17 *European Public Law* pp. 555–569.

²⁹⁹¹ V. A. Ogus, « Better Regulation—Better Enforcement », préc., p. 108.

²⁹⁹² V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., pp. 233 suiv. (chap. 6 « Regulation and Governance »). V. Cabinet Office, *Principles of Good Regulation*, 1998, pp. 1 suiv..

²⁹⁹³ V. *Regulatory Justice: Sanctioning in a post-Hampton World*, Consultation Document, May 2006, p. 8.

²⁹⁹⁴ V. *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, Final Report, November 2006, p. 10.

²⁹⁹⁵ V. La « Better Regulation Commission (BRC) » avait dégagé cinq principes devant gouverner la répression administrative : la proportionnalité, la responsabilité, la pertinence, la transparence et le ciblage (proportionality, accountability, consistency, transparency and targeting).

²⁹⁹⁶ V. *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, Final Report, November 2006, spéc. chap. 5, pp. 88 suiv.

mais bien une activité de réglementation. C'est d'ailleurs ce que confirme la jurisprudence du Competition Appeal Tribunal qui explicite les fondements de l'obligation de consultation des parties prenantes à l'occasion de la procédure de règlement des différends.

B — Le fondement immédiat : la fonction des autorités sectorielles

Le Competition Appeal Tribunal explicite très bien le fondement de cette transparence qui réside dans l'existence de multiples objectifs qui impliquent une consultation de l'ensemble des acteurs du secteur²⁹⁹⁷. Dans l'affaire *T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc*, le Competition Appeal Tribunal fait des commentaires très intéressants sur la manière dont Ofcom doit aborder, interpréter sa fonction de règlement des différends. La difficulté tient à la manière dont Ofcom doit, en réglant les différends qui lui sont soumis, en même temps favoriser les objectifs que le législateur lui a imposés. Dans sa tâche, le Tribunal considère qu'Ofcom doit à la fois s'attacher à atteindre une certaine équité entre les parties tout en considérant les objectifs qui lui sont assignés par la loi. Le fait qu'Ofcom a une tâche de réglementation des contrats implique que cette autorité n'est pas liée par les prétentions des parties ainsi que par leurs propositions : « Ofcom mène sa fonction de règlement des différends en tant que régulateur et non en tant que tiers arbitre »²⁹⁹⁸.

984. Comment Ofcom peut-il, en même temps qu'il résout le différend qui lui est soumis, remplir les objectifs qu'il doit poursuivre ? Pour le Competition Appeal Tribunal, « c'est principalement par la consultation et la publication d'un projet de décision qu'Ofcom pourra s'assurer que tous les intérêts pertinents sont pris en compte ». Il sera donc « important d'inviter et d'examiner les points de vue des entreprises autres que les parties au différend ». Par exemple, « Ofcom pourrait estimer que l'importance d'encourager l'investissement et l'innovation dans les marchés pertinents requiert d'inviter les clients grossistes des parties au différend, étant donné qu'ils peuvent être éventuellement affectés par l'augmentation du prix qu'Ofcom pourrait décider. Il est donc essentiel que l'information publiée par Ofcom sur la nature du différend et la manière dont elle entend le résoudre soit suffisamment détaillée pour permettre aux tiers d'apprécier les enjeux du différend et comment il pourrait les affecter »²⁹⁹⁹.

²⁹⁹⁷ V. la décision du Competition Appeal Tribunal, *T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc* [2008] CAT 12 (20 May 2008), spéc. §177 suiv.

²⁹⁹⁸ V. Competition Appeal Tribunal, *T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc* [2008] CAT 12 (20 May 2008), spéc. §181 : « OFCOM carries out its dispute resolution function as a regulator and not as a third party arbitrator. The Tribunal did not mean by this that nothing in OFCOM's role in dispute resolution should be regarded as akin to the role of a commercial arbitrator, simply that that was not OFCOM's only role. The fact that, as we have held, part of OFCOM's role is to determine a rate which is fair and reasonable as between the parties does not mean that OFCOM is transformed into a commercial arbitrator; this factor is combined with a requirement that it determine a rate which also accords with its regulatory objectives. ».

²⁹⁹⁹ V. Competition Appeal Tribunal, *T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc* [2008] CAT 12 (20 May 2008), spéc. §188 : « The principal way in which OFCOM ensures that relevant interests are taken into account is by consultation and the publication of a draft determination. It will generally be important to invite and consider the views of undertakings other than the parties to the dispute. For example, OFCOM may consider that the desirability of encouraging investment and innovation in relevant markets requires it to invite the views of the wholesale customers of the parties to the dispute, given that they may be affected by the pass through of any price increase under consideration. It is essential therefore that the information published about the nature of the dispute and how OFCOM proposes to resolve it is sufficiently detailed to enable third parties to appreciate the significance of what is involved and how it might affect them. If this requires setting up a confidentiality ring

985. On voit donc que les fondements de la transparence et de la consultation des tiers dans la procédure contentieuse des autorités sectorielles tiennent à la fois au développement des principes de bonne administration, mais aussi à la nécessité d'impliquer les tiers qui représentent les objectifs que les autorités sectorielles ont à réaliser. Ce fondement a même trouvé un écho théorique dans ce que l'on a appelé la « théorie des parties prenantes » (« stakeholder theory »), d'après laquelle l'autorité sectorielle se trouve au centre d'un réseau d'intérêts contradictoires ou opposés qu'il lui faut concilier³⁰⁰⁰.

De quelle nature sont à présent les moyens mis en œuvre pour réaliser cette transparence ?

II — Les moyens : l'information électronique appliquée à la fonction contentieuse

La fonction contentieuse des autorités sectorielles bénéficie (B) de l'évolution qui se produit dans l'Administration et qui aboutit à une utilisation accrue des moyens numériques de communication (A).

Comme nous n'évoquerons pas ce point important dans la partie consacrée à la France, l'analyse sera ici comparative. L'utilisation de l'information électronique par les autorités sectorielles françaises est un point important et avéré ; néanmoins, comme cette utilisation se distingue nettement de la pratique anglaise, la comparaison permettra d'établir et de fonder la démonstration concernant la spécificité de l'exercice de la fonction contentieuse au Royaume-Uni.

A — L'émergence des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la procédure administrative

986. En France ainsi qu'au Royaume-Uni, la doctrine note l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication par l'Administration. Les thèmes de l'e-administration ou de l'Administration électronique sont ainsi devenus des objets d'études juridiques importants.

987. Dans le cas français, l'intérêt suscité par les nouvelles technologies de l'information et de la communication semble avoir un double objet : d'une part interne à l'Administration, il permet une modernisation des modes de fonctionnement de l'État, des gains de productivité³⁰⁰¹ ; d'autre part, de manière externe, il permet d'améliorer les relations entre

within which commercially sensitive information can be disclosed then that is something which OFCOM should consider ».

³⁰⁰⁰ V. T. Prosser, (1999), « Theorising Utility Regulation », *The Modern Law Review*, 62: 196–217. V. D. Souter, « A Stakeholder Approach to Regulation », in D. Corry, D. Souter and M. Waterson, *Regulating Our Utilities* (London: Institute for Public Policy Research, 1995). Tony Prosser résume ainsi cette approche de la régulation : « rather than seeing regulation as a bilateral relationship between regulator and firm, regulation encompasses a network of relations involving the dominant firm, its competitors, its consumers and others such as employees and suppliers ». Pour les avocats de cette théorie, les régulateurs « should pay explicit attention to the interests of different stakeholder groups and adjust their regulatory instruments to ensure that outcomes are not inconsistent with a desirable balance between them » (D. Souter, « A Stakeholder Approach to Regulation », spéc. p. 45).

³⁰⁰¹ V. J. Mekhantar, « Fonction publique et e-administration : un mariage d'amour ou de raison ? », *AJFP* 2004 p. 281 ; P. Schnäbele, F. Beauvais, « Réforme de l'État et téléprocédures », *AJDA* 2001 p. 608 ;

l'Administration et les citoyens³⁰⁰², par la simplification des démarches administratives (mise en ligne de formulaire par exemple)³⁰⁰³, mais aussi notamment par la mise en place de nouvelles formes de participation à l'action administrative³⁰⁰⁴. Il apparaît de surcroît que les juridictions, des deux ordres sont aussi concernés par cette évolution et certainement pour les mêmes raisons : rationaliser et améliorer la productivité des tribunaux et faciliter les démarches des justiciables³⁰⁰⁵.

988. Au Royaume-Uni, la doctrine tend à mettre davantage l'accent peut-être sur les potentialités démocratiques de ces nouvelles technologies, par l'engagement d'un « dialogue numérique » entre les administrations et les usagers³⁰⁰⁶. Carol Harlow et Richard Rawlings notent que les nouvelles technologies, mises à l'honneur par le gouvernement travailliste dès 1997, pourraient permettre un renouvellement des modes de participation à l'action administrative³⁰⁰⁷. Comme en France, la doctrine note que c'est un facteur de transparence et d'amélioration de l'efficacité de l'Administration³⁰⁰⁸.

³⁰⁰² V. L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 52, 2006, spéc. pp. 260-265 ; M.-F. Lemaître, « Téléprocédures administratives : le pari de la confiance », *AJDA* 2001 p. 628 ; A. Robineau-Israël, B. Lasserre, « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003 p. 1325 (les auteurs étudient ici la manière dont « L'administration électronique renouvelle la problématique de l'accès aux documents administratifs sous plusieurs aspects » ; A. Cantero et S. Boytchev, « Quelles avancées juridiques en matière "d'administration électronique" ? », *JCP A* 7 nov. 2005, p. 1639 ; Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (*J.O.R.F.*, n°286, 9 décembre 2005, p. 18986, texte n° 9) ; V. Donier, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *AJDA*, 2006 p. 1219 (l'auteur s'interroge sur l'émergence de nouveaux principes du service public à côté des traditionnelles lois de Rolland, et notamment du principe de « bonne gestion » duquel participerait l'administration électronique) ; É. Marcus, « Deux ans de modernisation de l'État », *AJDA* 2007 p. 457 ; E. Cartier, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », *AJDA* 2005 p. 1092 ; P. Sablière, « Nul n'est-il censé ignorer internet ? », *AJDA* 2010 p. 127 ; G. Chatillon, « Administration électronique et services publics », *AJDA* 2001 p. 617 ; H. Hamant, « L'adaptation du droit à la mise en ligne des procédures administratives », *Droit Administratif* n° 5, Mai 2006, Étude 10 ; T. Piette-Coudol, « Les procédures administratives électroniques réglementées », *Droit Administratif* n° 2, février 2006, comm. 20 ; A. Cantéro, S. Boytchev, « Quelles avancées juridiques en matière "d'administration électronique" ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 45, 7 novembre 2005, 1352 ; L. Chaty, C. Girlanda, « Towards an Electronic Administration? Local Information Systems, or the Web Modernization of Local Administration », *International Review of Administrative Sciences*, March 2002, vol. 68, pp. 25-43.

³⁰⁰³ V. V. Beloulou, « Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'État », *AJDA* 2001 p. 624 ; J.-M. Pontier, « La marche vers la dématérialisation », *AJDA* 2004 p. 233 ;

³⁰⁰⁴ V. I. Thomas, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *AJDA* 2004 p. 330 ;

³⁰⁰⁵ V. S. Grayot, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures* n° 4, Avril 2010, dossier 2 (sur l'effet ambigu des nouvelles technologies facteur et menace pour le droit à un procès équitable) ; S. Amrani Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures* n° 4, avril 2010, dossier 5 ; T. Piette-Coudol, « Le recours aux moyens électroniques dans la procédure civile, pénale et administrative », *Communication Commerce électronique* n° 11, novembre 2009, étude 24 ; J.-L. Vallens, « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 11, 14 mars 2007, I 119 ; T. Piette-Coudol, « La dématérialisation des procédures devant les juridictions administratives », *Droit Administratif* n° 7, juillet 2005, comm. 106.

³⁰⁰⁶ V. l'évaluation de la qualité et des apports de ce dialogue numérique à travers un système de blogs in L. Miller, A. Williamson, « Digital Dialogues Third Phase Report: August 2007 - August 2008 », Hansard Society, Ministry of Justice ; C. Coglianese, « Federal Agency Use of Electronic Media in the Rulemaking Process », *University of Pennsylvania Law School, Public Law Research Paper* n° 11-32.

³⁰⁰⁷ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., pp. 75 suiv..

³⁰⁰⁸ V. B. Schafer, « Democratic Revival or E-Sell Out? A Sceptic's Report on the State of E-Governance in the UK », vol 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law*, (December 2006) ; C. Coglianese, « E-Rulemaking:

989. La fonction que l'on attribue aux nouvelles technologies est donc double, à la fois interne à l'Administration, elle est censée permettre une meilleure efficacité, et externe, elle doit permettre de rapprocher le citoyen et l'administrateur. À cet égard, les autorités sectorielles, et peut-être aussi de manière plus générale les autorités administratives indépendantes, sont à la pointe de l'utilisation dans chaque pays de ces techniques, leur présence sur Internet est systématique et elles savent en faire un usage dynamique³⁰⁰⁹. Les autorités sectorielles anglaises, et particulièrement Ofcom, ont développé une pratique très élaborée de ces outils, qu'elles ont étendue à l'exercice de sa fonction contentieuse.

C'est ce point qu'il faut à présent étudier. Quel est le rôle d'Internet et des moyens numériques de communications dans l'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles ?

B — L'application des nouvelles technologies de l'information et de la communication à la fonction contentieuse des autorités sectorielles

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication jouent plusieurs rôles dans le cadre de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, tant au niveau de la plainte (1) elle-même, que de la procédure (2).

1 — Le rôle des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le traitement des plaintes

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication sont un nouveau mode de réception et de traitement des plaintes.

990. D'une part, au stade initial de la plainte, l'usage des courriels s'est peu à peu généralisé dans la pratique des autorités sectorielles et singulièrement d'Ofcom. Les plaintes en matière audiovisuelle peuvent ainsi être adressées à Ofcom par téléphone, par lettre ainsi que par courriel.

991. D'autre part, — et quelque soit la forme que la plainte ait prise —, les nouvelles technologies permettent un traitement informatisé de ces plaintes³⁰¹⁰. Ce traitement est une

Information Technology and the Regulatory Process » (2004) 56 Administrative Law Review 353 ; S. Dawes, (2008), « The Evolution and Continuing Challenges of E-Governance », Public Administration Review, 68: pp. 86–102 ; S. Marche, J. D. McNiven, (2003), « E-Government and E-Governance: The Future Isn't What It Used To Be », Canadian Journal of Administrative Sciences / Revue Canadienne des Sciences de l'Administration, vol. 20, pp. 74–86 ; T. Bovaird, « E-Government and e-Governance: Organisational Implications, Options and Dilemmas », Public Policy and Administration, 2003, vol. 18, n° 2, pp. 37–56 ; J. Roy, « Beyond Westminster governance: Bringing politics and public service into the networked era » Canadian Public Administration, 2008, vol. 51, pp. 541–568 ; L. Wood, P. Bernt, C. Ting, « Implementing Public Utility Commission Web Sites: Targeting Audiences, Missing Opportunities », Public Administration Review, 2009, vol. 69, pp. 753–763 ; Pan Suk Kim, « Introduction: challenges and opportunities for democracy, administration and law », International Review of Administrative Sciences, March 2005, vol. 71, n° 1, pp. 99–108.

³⁰⁰⁹ V. la thèse de Lucie Cluzel-Métayer pour une évaluation du nombre de sites internet développés par l'Administration française (Le service public et l'exigence de qualité, préc., spéc. p. 262).

³⁰¹⁰ V. sur ce point, Ofcom, Enforcement Report, A report on Ofcom's approach to enforcement and recent activity §3.5 : « All consumer, citizen and licensing contact with Ofcom is recorded on our customer relationship management system. Ofcom uses the complaint data collected to inform policy and enforcement teams on trends in consumer detriment or new areas of concern and to provide evidence for Ofcom's programme of monitoring

aide précieuse dans l'activité de surveillance de l'autorité sectorielle. Elle permet de réaliser des statistiques et de dégager des tendances qui ensuite pourront mettre en évidence l'existence éventuelle d'infractions aux lois et règlements.

Les nouvelles technologies jouent donc un rôle dès le stade de la plainte. Elles permettent aussi d'assurer la transparence de la procédure contentieuse vis-à-vis de toutes les parties prenantes.

2 — *Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et la transparence de la procédure administrative*

992. Dans le cadre de l'engagement et du déroulement de la procédure, elles jouent un rôle vis-à-vis des parties qui peuvent connaître l'avancement de la procédure, leurs interlocuteurs. Les nouvelles technologies de l'information ont aussi un rôle à jouer vis-à-vis des tiers puisque la mise à disposition sur le site Internet de l'ensemble des informations permet aux acteurs de prendre connaissance de l'affaire et de pouvoir faire des commentaires, et d'adresser des pièces à l'autorité sectorielle³⁰¹¹.

993. Au total, les nouvelles technologies semblent avoir deux conséquences notables : d'une part, elles permettent un traitement systématique des plaintes ; ainsi, l'autorité administrative peut avoir une vision plus fine des problèmes et de la nécessité d'engager une enquête plus approfondie débouchant, le cas échéant, sur une procédure officielle ; d'autre part, elles assurent la publicité la plus large possible de la procédure, donnant aux parties intéressées la possibilité d'avoir connaissance de la procédure et des problèmes soulevés et de participer à celle-ci.

994. Ces technologies jouent aussi un rôle plus traditionnel, mais qu'il faut mentionner, puisque la mise à disposition de la décision sur le site Internet permet d'assurer la publicité de la décision. En France, l'usage du site Internet est limité à cela. Les autorités sectorielles se contentent de publier les décisions sur leur site, mais elles ne s'en servent pas, ou rarement, pour impliquer l'ensemble des acteurs à la procédure contentieuse.

Les nouvelles technologies ont aussi eu une incidence sur les modalités de production de l'acte administratif contentieux.

III — *Les manifestations : de nouvelles règles d'édiction de l'acte administratif*

Traditionnellement la consultation des parties et, le cas échéant, des tiers, permet à l'autorité de prendre sa décision qui se manifeste dans une décision définitive.

La pratique qui semble se développer s'éloigne de ce modèle. Les autorités sectorielles publient de plus en plus des décisions provisoires (A) et invitent ainsi les parties prenantes à commenter ces décisions (B).

and enforcement. The data provided is an early warning that there may be a consumer issue; without the data we would not have a reliable picture of the scale of problems, or the types of harm that consumers experience ».

³⁰¹¹ V. sur ce point : Ofcom, Dispute Resolution Guidelines, préc. §6.6 : « Stakeholders who want to keep up to date with ongoing disputes can subscribe to email notification of changes to the Competition and Consumer Enforcement Bulletin »

A — *La publication d'un projet de décision*

995. Cette pratique distingue nettement la procédure anglaise de la française. Les autorités sectorielles anglaises ont pris l'habitude de publier des projets de décision, permettant ainsi à l'ensemble des parties et aux tiers de faire des commentaires qui seront, le cas échéant, pris en compte par l'autorité administrative dans la décision finale. Cette méthode permet une implication des tiers à la procédure. Le Competition Appeal Tribunal a clairement établi dans sa décision de 2008, *T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications*, que cette pratique était essentielle pour permettre à l'autorité administrative de s'assurer qu'elle poursuivait effectivement l'ensemble des objectifs que le législateur lui a assignés. Ofcom est aussi consciente que cette pratique n'est pas imposée par le droit de l'Union européenne³⁰¹².

996. Cette décision ne peut s'interpréter comme une « disposition transitoire », elle ne produit aucun effet de droit, il s'agit d'une décision préparatoire dont l'intérêt juridique est double : elle améliore encore les droits de la défense puisqu'elle étend le droit de répondre et de présenter ses arguments à un stade avancé de la procédure, stade auquel l'autorité administrative a commencé à se faire une première opinion de la manière dont elle allait résoudre le cas ; elle perfectionne aussi la future décision en prenant en compte, le cas échéant, des éléments non pris en compte précédemment.

Elle permet donc une consultation supplémentaire de l'ensemble des parties prenantes.

B — *La consultation de l'ensemble des parties prenantes*

Cette méthode développe ainsi la consultation et l'implication de toutes les parties prenantes dans l'exécution de la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Que recouvre cette notion de partie prenante, traduction de la notion anglaise de « *stakeholder* » ?

997. Cette notion est d'abord, semble-t-il, une notion doctrinale³⁰¹³. Cette théorie envisage l'autorité sectorielle comme étant au centre d'un tissu complexe d'intérêts qu'elle doit prendre

³⁰¹² V. Ofcom, Consultations on the Dispute Resolution Guidelines for the handling of regulatory disputes, 2010-2011, §1.9 : « the dispute resolution process is a short one, in which disputes must be resolved in four months or less, except in exceptional circumstances. As an exception from the usual position, Article 6 of the Framework Directive expressly provides that Ofcom is under no obligation to consult on a draft dispute determination. However, to date we have chosen to consult stakeholders on draft determinations, publishing a full draft of our proposed determination for comment. Our experience of this practice has been that we have not been in a position to consult on such a draft until relatively late into the four month process, resulting in a significant concentration of work in the last month of that process. We remain of the view that it is desirable to provide stakeholders with an opportunity to comment on our provisional views and reasoning, before making a final dispute determination. In light of our experience to date, we propose to replace the draft determination with a shorter paper setting out for comment Ofcom's provisional reasoning and assessment in relation to the matters in dispute. We would aim to publish this as early as possible, in order where possible and appropriate to consider whether to allow stakeholders a period, beyond the usual 10 working days, up to a possible 15 working days, to respond, as well as greater time for Ofcom to engage with stakeholders on their responses ».

³⁰¹³ V. sur ce point T. Prosser, « Theorising Utility Regulation », *The Modern Law Review*, 1999, vol. 62, pp. 196-217, spéc. pp. 206 suiv. ; D. Souter, « A Stakeholder Approach to Regulation » in D. Corry, D. Souter and M. Waterson, *Regulating Our Utilities*, London, Institute for Public Policy Research, 1995. Cette notion est issue à l'origine du droit des sociétés et c'est dans ce domaine qu'elle a connu un succès important, en permettant d'opposer à une vision de la société centrée sur l'actionnaire (« shareholder »), une autre prenant en compte l'ensemble des intérêts en présence (« stakeholder »).

en compte. Cette notion est reprise par les textes, particulièrement européens, qui imposent bien souvent la prise en compte de ces intérêts³⁰¹⁴.

998. La jurisprudence a tenté d'expliciter le contenu, non pas de la notion exacte de parties prenantes, mais des notions approchantes de parties concernées ou affectées par une décision de l'autorité sectorielle. Il s'agit donc d'un champ plus restreint que celui de parties prenantes tel qu'il est pratiqué au Royaume-Uni. La décision *Tele2 Telecommunication GmbH* de la Cour de justice est venue préciser le contenu de la notion de « personne concernée » ayant le droit d'être avertie de la suppression d'obligations imposées à l'entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent qui sont définies par la directive comme étant des personnes concernées³⁰¹⁵. Comme le souligne la Cour, la question posée était celle « du droit d'être partie à une procédure administrative non contentieuse, en l'occurrence à une procédure d'analyse de marché menée par la TCK en vertu de l'article 37 du TKG, lequel transpose l'article 16 de la directive « cadre » »³⁰¹⁶. La Cour choisit de faire une lecture de cette disposition à la lumière de l'article 4 de la même directive qui confère un droit de recours contre une décision d'une autorité réglementaire nationale qui affecterait les droits d'un utilisateur ou d'un fournisseur de réseau ou de service³⁰¹⁷. En d'autres termes la question qui se pose face à ces deux dispositions est celle de savoir si, tant le droit au recours que le droit d'être averti que confère la directive, s'adressent aux seuls destinataires de la décision ou si, au contraire, le champ des personnes concernées est plus large. La démarche de la Cour consiste à rechercher si la directive confère des droits à d'autres personnes et en particulier aux concurrents. Or, comme celle-ci attribue bien certains droits, notamment d'accès, mais pas seulement, ces concurrents peuvent se sentir affectés par la décision. La Cour lie de manière très nette la reconnaissance par le droit européen de droits et le fait d'être affecté par la décision en question : « Il en résulte que les utilisateurs ou les entreprises concurrents d'une entreprise puissante sur le marché pertinent doivent être considérés comme des bénéficiaires potentiels des droits correspondants aux obligations réglementaires spécifiques imposées par une autorité réglementaire nationale à cette entreprise puissante en vertu de l'article 16 de la directive « cadre » et des directives sur les télécommunications citées. Partant, ces utilisateurs et ces entreprises peuvent être considérés comme étant « affectés », au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive « cadre », par les décisions de cette autorité qui modifient ou suppriment lesdites obligations »³⁰¹⁸. En conséquence, les concurrents des entreprises éventuellement destinataires de cette décision peuvent être considérés comme affectés.

³⁰¹⁴ V. par ex. Directive 2002/21/CE modifiée du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), cons. n°15.

³⁰¹⁵ V. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002, article 16 §3 : « Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié ».

³⁰¹⁶ V. C.J.C.E., 2^e ch., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, §§16-17. H. Weyer, « Case C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH v. Telekom-Control-Kommission*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 February 2008, [2008] ECR I-685 » (2009) 46 *Common Market Law Review* pp. 1737-175 ; M. Eliantonio, Georg Glavanovits, « EU Law and Access to Court: The Experience of Austria in the Telecommunications Sector » (2011) 17 *European Public Law* pp. 51-60 ; F. Kauff-Gazin, « Concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective », *Europe* n° 4, avril 2008, comm. 108.

³⁰¹⁷ V. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002, article 4 : « Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées ».

³⁰¹⁸ V. C.J.C.E., 2^e ch., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, préc. §36.

Ensuite, en ce qui regarde le champ des personnes « concernées » visées à l'article 16 § 4, ces personnes sont en priorité les concurrents, puisqu'ils « tiraient profit des obligations dont la suppression a été décidée »³⁰¹⁹.

Ces dispositions visent donc non seulement les destinataires de la décision, mais aussi les concurrents sur le marché qui bénéficient ainsi d'un droit de recours ainsi que du droit d'être averti du changement de situation juridique de l'entreprise dominante sur le marché.

999. Malgré cette précision jurisprudentielle, la notion de partie prenante, telle qu'elle est utilisée dans la « doctrine » des autorités sectorielles, est beaucoup plus large. Elle comprend non seulement les destinataires et les concurrents sur le marché, mais aussi les consommateurs par exemple qui doivent pouvoir commenter les décisions prises qui ont un impact sur leur situation. Elle comprend bien, aux termes de la décision du Competition Appeal Tribunal, l'ensemble des personnes qui représentent les intérêts de nature à accomplir les objectifs que le législateur impose aux autorités sectorielles de poursuivre.

Conclusion du § 1

Le modèle managérial mis en place au Royaume-Uni se caractérise d'abord par une promotion de la transparence dans l'exercice de la fonction contentieuse, lieu traditionnellement privilégié du secret, chose des parties — c'est bien ainsi que les droits de la défense sont interprétés. Ce modèle implique l'ouverture de la scène contentieuse à l'ensemble des parties prenantes ; et cette ouverture bénéficie de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

C'est à un second niveau que peut être mis en évidence ce modèle managérial. Les textes législatifs ainsi que la pratique des autorités sectorielles obéissent au schéma proposé par Ayres et Braithwaite de la « *responsive regulation* », qui introduit une nouvelle conception de la fonction contentieuse de l'Administration.

§ 2 — Le renouvellement de la conception de la fonction contentieuse des autorités sectorielles sous l'influence du courant de la « *responsive regulation* »

1000. En Angleterre, la stratégie répressive, le choix de la sanction appropriée, suit le modèle pyramidal établi par Ayres et Braithwaite. La Loi sur la communication de 2003, décrivant les pouvoirs coercitifs d'Ofcom, est à cet égard exemplaire. Cette loi fixe la voie que doit suivre Ofcom : d'abord une mise en demeure qui, si elle n'est pas suivie d'effets pourra autoriser Ofcom à prononcer une sanction financière ; ensuite, la loi dispose qu'en cas d'échec de ces étapes, et si le contrevenant n'est pas rentré dans le droit chemin et que l'infraction est suffisamment sérieuse, l'autorité peut imposer des sanctions portant sur le titre d'autorisation (la suspension du service³⁰²⁰).

1001. Le ministre du Commerce de l'époque expliqua que cette réforme était motivée par les critiques formulées contre l'ancien système qui ne fournissait pas suffisamment d'incitation à

³⁰¹⁹ V. C.J.C.E., 2^e ch., 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, préc. §40.

³⁰²⁰ V. Communications Act 2003, article 100.

éviter les contraventions et de sanction contre la réitération de celle-ci : « en conséquence, le développement concurrentiel et effectif du secteur, la promotion d'un plus grand choix pour le consommateur et des prix plus bas, ont été empêchés »³⁰²¹.

1002. Cette réforme est en adéquation avec les préconisations d'Ayres et Braithwaite. Dans leur ouvrage intitulé « Responsive Regulation », Ian Ayres et John Braithwaite introduisent l'idée de « pyramide de sanctions » (« *enforcement pyramid* »). Cette idée de pyramide, qui instaure une stratégie de « réponse graduée » dans l'arsenal de sanctions disponibles, se présente, dans l'esprit de ses concepteurs, comme une conciliation entre les deux approches promues par la doctrine : celle qui avance que seule une politique répressive permet d'obtenir le niveau souhaité de conformité à la loi et celle pour laquelle seule la persuasion est efficace. Pour ces deux auteurs, les autorités administratives doivent disposer d'un arsenal de sanctions suffisamment variées pour pouvoir traiter chaque opérateur en fonction de son attitude réelle à la loi. Aussi avancent-ils que ces autorités doivent pouvoir d'abord recourir à la persuasion qui, si elle ne fonctionne pas, doit se traduire par une mise en demeure, laquelle est appuyée par la menace de sanctions administrative, puis pénale. Ce n'est qu'à la fin que l'autorité peut recourir aux armes suprêmes que sont la suspension et la révocation de l'autorisation³⁰²². Ces idées ont fortement influencé les rapports Hampton³⁰²³ et Macrory³⁰²⁴, postérieurs à la loi de 2003 sur la communication, qui représentent à cet égard un laboratoire de la réforme du système de sanction au Royaume-Uni.

1003. Ce courant de pensée, comme le signale le pénaliste Andrew Ashworth, fait de l'efficacité le seul critère à l'aune duquel il faut juger le choix de la sanction³⁰²⁵ et cette efficacité doit prendre en compte le coût de l'engagement de l'action administrative. Aussi, le choix de l'outil est-il bien soumis au respect d'un principe managérial d'efficacité et de réduction des coûts et non pas de respect de la norme. De surcroît, l'accent mis au départ sur la persuasion, la négociation, transforme aussi le rapport à la norme. Andrew Ashworth affirme à cet égard que le caractère distinctif de ces stratégies est la conscience de la normalité du crime³⁰²⁶. « Cette conception mondiale, continue l'éminent pénaliste, tend à

³⁰²¹ Traduction libre de : « They have been concerned that the system does not provide enough incentives to avoid breaches, or sanctions against repeating them; and that it is too slow and inflexible in its operation. As a result, the effective, competitive development of the industry, and its delivery of greater choice and lower prices, has been hampered. » (Standing Committee on the Bill for this Act in the House of Commons the Minister for E-Commerce and Competitiveness (Mr. Stephen Timms), Hansard, Standing Committee E, 7th Sitting, December 19, 2002, col.021).

³⁰²² V. I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation : Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, spéc. chap. 2, « The Benign Big Gun » ; J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2001, spéc. chap. 2. La première expression de cette idée est dans J. Braithwaite, *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*, Albany, NY, State University of New York Press, 1985.

³⁰²³ V. Hampton Report, préc., §2.14

³⁰²⁴ V. Macrory Report, préc., p. 30, « Responsive sanctioning ».

³⁰²⁵ V. A. Ashworth, « Is the criminal law a lost cause? », *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 225 suiv., spéc. pp. 249-250 : « For Braithwaite, the prevention of harm is a primary goal of social policy, and the criminal law is regarded as one among a number of mechanisms for bringing this about. It should therefore be used as and when it is efficient, and replaced by other mechanisms when it is not efficient and/or cost-effective. This view underlies the idea of responsive regulation, as a means of dealing with the varying contexts in which regulatory agencies have to operate ». V. aussi la critique de ce courant dans A. Crawford, « Governing through anti-social behaviour: regulatory challenges to criminal justice », *British Journal of Criminology*, 2009, pp. 810 suiv..

³⁰²⁶ V. A. Ashworth, L. Zedner, « Defending the Criminal Law », *Criminal Law and Philosophy*, 2008, vol. 2, pp. 21 suiv., spéc. p. 39 : « A prominent feature of regulatory strategies is their acceptance of the normality of crime ».

privilégier une culture de management du crime à une réponse manifestant son caractère anormal et la nécessité de l'éliminer »³⁰²⁷. Pour l'auteur l'essor de la sanction administrative ainsi que les nouvelles formes du procès pénal sont autant d'expression de l'emprise de la culture managériale sur l'activité juridique répressive.

1004. Une illustration frappante de cette logique peut être produite en étudiant les propositions de réforme de sa procédure contentieuse formulées par Ofcom en 2011³⁰²⁸. Ofcom avait notamment comme objectif l'amélioration de l'efficacité de sa procédure répressive sans, à aucun moment, évoquer le problème de la garantie des droits. Les objectifs affichés par l'autorité sont : « la rationalisation des procédures pour éliminer les activités qui ne génèrent pas de valeur ; améliorer la rapidité avec laquelle Ofcom mène ses enquêtes ; permettre une prise de décision plus réactive ; simplifier l'interaction avec les parties prenantes sur une base quotidienne ; délivrer davantage de valeur dans l'intérêt de nos parties prenantes »³⁰²⁹.

Cette véritable doctrine managériale se traduit, dans les dernières propositions d'Ofcom, par le sacrifice des garanties de ces parties prenantes, cachant ainsi derrière la recherche de l'intérêt de celles-ci, la seule efficacité des procédures. Ofcom propose ainsi d'établir une procédure préliminaire lui permettant d'établir une « première vue » sur la plainte d'un particulier ; il propose en outre de supprimer le système de recours interne qu'il avait aménagé ; il propose enfin de supprimer le comité *ad hoc* prévu pour connaître de l'imposition des sanctions, cette tâche serait désormais assignée à une personne, afin de rendre cette procédure plus informelle.

1005. À l'invitation d'Ofcom, les parties prenantes en question ont manifesté une opposition claire à ce changement, pourtant prévu pour leur offrir un service susceptible de leur apporter le plus de valeur. Les réponses des parties prenantes manifestent leur attachement à ces garanties. Channel 5 estime ainsi que la nouvelle procédure consistant pour Ofcom à formuler une « première vue » au sujet d'une plainte pourrait ne pas offrir à la personne poursuivie les garanties nécessaires pour pouvoir présenter ses arguments et sa défense. Cette même chaîne se dit très inquiète de la suppression des mécanismes de recours internes à Ofcom et cite à l'appui de son argument l'exemple d'une décision en sa défaveur que le recours interne permit de corriger. Or, plaide Channel 5, le seul recours contre cette décision serait alors le recours de droit commun, le *judicial review*, procédé qui est onéreux et long. L'établissement d'une procédure intermédiaire, permettant à Ofcom de manifester sa « première vision » des faits, ne peut, pour cette entreprise, remplacer le comité chargé de connaître des recours, lequel est doté d'une certaine indépendance³⁰³⁰. L'avis de British Sky Broadcasting est le même, mettant en évidence les inconvénients financiers, la complexité procédurale de la

³⁰²⁷ V. A. Ashworth, L. Zedner, « Defending the Criminal Law », préc., p. 39. Traduction de : « This worldview tends towards a larger culture of 'managing crime' rather than responding to it as aberrant or to be suppressed ». Les auteurs citent à l'appui de cette présentation la contribution de J. Braithwaite, « The new regulatory state and the transformation of criminology », in D. Garland, R. Sparks (Eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

³⁰²⁸ V. Ofcom, Review of procedures for handling broadcasting complaints, investigations and sanctions, 2011.

³⁰²⁹ V. Ofcom, Review of procedures for handling broadcasting complaints, investigations and sanctions, spéc. § 2.15. Traduction de : streamline our processes and procedures to eliminate non value adding activities; improve the speed with which we carry out investigations; allow more responsive decision making; simplify stakeholders interactions with us on a day to day basis; and, deliver greater value for our stakeholders.

³⁰³⁰ V. Channel 5 Broadcasting Ltd, « Response of Channel 5 Broadcasting Ltd to the Review of Ofcom's Procedures for Handling Broadcasting Complaints, Investigations and Sanctions », February 2011.

procédure de judicial review. Pour cet opérateur, seule la sanction de révocation pourrait motiver un opérateur à engager une telle procédure³⁰³¹.

1006. Ces développements manifestent que la « doctrine » managériale d'Ofcom, sa conception de la manière dont il doit mettre en œuvre sa fonction contentieuse, ne répond pas aux attentes de tous les acteurs. Les opérateurs susceptibles d'être sanctionnés souhaitent des garanties, la possibilité de contester, le cas échéant une décision. Les garanties procédurales, déjà faibles par rapport à celles en vigueur en France, sont donc directement menacées par cette logique centrée sur la production de valeur.

Conclusion du Chapitre I

Le choix anglais est de s'orienter vers la transparence tout en garantissant un minimum de droit en première instance. C'est au stade du recours que la garantie des droits — notamment celui du procès équitable — pourra être accordée. Les débats et la jurisprudence qui ont agité la France n'ont eu que peu d'écho outre-Manche où le mouvement de juridictionnalisation est inconnu.

Cette transparence de la fonction contentieuse a bénéficié de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. L'utilisation d'Internet, dans le cas français, se limite à la publication de la décision et, parfois, à l'information du public sur l'engagement d'une procédure, encore cette information n'est-elle pas systématique. Aussi, ce moyen de communication qu'est Internet est-il utilisé de manière assez traditionnelle par les autorités sectorielles françaises. C'est un moyen d'assurer la publicité de la décision, une fois celle-ci prise. Les autorités sectorielles anglaises, elles, se servent d'Internet comme d'un moyen de participation à la procédure contentieuse. Cette utilisation d'Internet se traduit par la modification de la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Ainsi, les autorités sectorielles n'hésitent pas à publier une décision provisoire, afin de recueillir les avis de toutes les parties prenantes pour s'assurer que les objectifs législatifs sont bien respectés.

De surcroît, l'emprise de l'argument managérial se manifeste par l'influence des idées issues du courant de la « *responsive regulation* » qui privilégie une stratégie répressive fondée sur l'efficacité et non plus sur la conformité simple à la norme.

La voie française, tout en se caractérisant aussi, et depuis plus longtemps, par l'adoption d'une voie administrative de répression, fait pourtant un choix différent, celui de juridictionnaliser la phase devant l'autorité administrative. C'est un modèle juridictionnel de fonction contentieuse qui est adopté.

³⁰³¹ V. Response of British Sky Broadcasting ('Sky') to Ofcom's consultation "Review of procedures for handling broadcasting complaints, investigations and sanctions", February 2011.

CHAPITRE II — LE MODÈLE FRANÇAIS : LE CHOIX DE LA JURIDICTIONNALISATION

En France, l'alliance des juges et de la doctrine a produit une juridictionnalisation de l'exercice de la fonction contentieuse des autorités administratives indépendantes et même, plus largement, de l'ensemble de la répression administrative. Cette évolution a eu un effet sur les autorités sectorielles, particulièrement dans l'exercice de leur pouvoir répressif³⁰³².

Serait-ce à dire que le mouvement général d'amélioration de la transparence de l'action administrative n'a pas eu d'impact sur la fonction contentieuse des autorités sectorielles ? Les autorités sectorielles sont, c'est indéniable, engagées dans ce mouvement, par l'utilisation avisée des nouvelles technologies de l'information et de la communication et en premier lieu d'Internet. Mais, certainement, la conception que ces autorités se font de la fonction contentieuse a empêché l'extension de la transparence à l'exercice de celle-ci. La culture du secret a, ici, repris ses droits, si bien que cette fonction reste la chose, encore largement, des parties. Les tiers sont peut-être invités à participer, leur avis est peut-être recueilli à l'occasion de tel ou tel litige ; mais rien n'indique que l'autorité entend ériger la transparence en pratique systématique, au contraire. En tout cas, aucune publicité de la procédure à un stade précoce n'est organisée pour faire participer l'ensemble des parties prenantes à l'édiction de la décision.

La fonction contentieuse des autorités sectorielles a donc été engagée dans un mouvement de juridictionnalisation qui n'a pas permis de réfléchir et de penser la spécificité de ces autorités et de cette fonction. Une brève incursion en dehors du champ des pays au centre de la comparaison permet de montrer que la France n'est pas toute seule. Le Conseil d'État belge fait clairement une assimilation entre le pouvoir de sanction des autorités sectorielles et la fonction juridictionnelle. Il juge ainsi nettement que « Considérant que la CREG [Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz] n'est pas une juridiction, mais une autorité administrative indépendante ; que lorsqu'elle décide d'infliger une sanction, elle assure une mission proche de celle d'une juridiction répressive et est tenue de respecter les règles qui s'imposent à une telle juridiction, dans la mesure où la législation applicable et sa nature d'autorité administrative indépendante n'y font pas obstacle »³⁰³³.

Que faut-il donc, à présent, entendre par juridictionnalisation ? Dans son article, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? », René Chapus entend ce terme dans un sens extrême, puisqu'il étudie la jurisprudence du Conseil d'État qui tend à qualifier de juridiction certaines institutions, ce que René Chapus regrette d'ailleurs³⁰³⁴. Et pourtant, même si la qualification des autorités administratives indépendantes et parmi elles, des autorités sectorielles, ne fait aucun doute — ce sont bien des autorités administratives —, la jurisprudence, particulièrement la jurisprudence judiciaire, tend à orner ces organismes des habits de plus en plus ressemblants à ceux de la juridiction, aussi bien au niveau procédural qu'au niveau du fond. Il faut donc

³⁰³² Ce constat est déjà présent dans : E. Putman, *Contentieux économique*, 1e édit., P.U.F., Coll. Thémis. Droit privé, Paris 1998.

³⁰³³ V. Conseil d'État, Section du contentieux administratif, 7 avril 2011, ville de Wavre c. Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG), n° 212.557.

³⁰³⁴ V. R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, 1977, spéc. la conclusion p. 291.

entendre ce terme, avec Roger Bonnard, comme une évolution vers des « formes juridictionnelles »³⁰³⁵.

Malgré tout, les autorités sectorielles sont légèrement épargnées par ce mouvement qui s'est concentré davantage sur l'autorité de la concurrence et sur celle des marchés financiers ou des assurances. Mais, leur fonctionnement a tout de même été touché par cette évolution.

Il s'agira donc d'analyser d'abord ce mouvement général à la juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités sectorielles (Section 1), pour essayer ensuite, en tirant les conséquences de ces analyses, d'expliquer la divergence franco-anglaise (Section 2).

*

Section 1 — La juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités administratives indépendantes

Section 2 — L'explication des divergences

*

³⁰³⁵ V. R. Bonnard, De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics, préc, pp. 94 suiv..

Section 1 — *La juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités sectorielles*

Ce mouvement de juridictionnalisation concerne essentiellement l'exercice par les autorités administratives indépendantes, et plus largement l'Administration et les juridictions administratives, d'un pouvoir répressif. Le critère de cette évolution n'est ni organique (le caractère éventuel d'autorité administrative indépendante) ni fonctionnel (l'exercice d'une mission de régulation)³⁰³⁶, il est matériel : c'est le pouvoir de prononcer une mesure ayant le caractère d'une punition au sens de la jurisprudence constitutionnelle ou entrant dans la « matière pénale » au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui constitue le critère de cette juridictionnalisation (§1).

Mais la Cour de cassation est allée plus loin dans la juridictionnalisation en étendant l'application du code de procédure civile aux procédures de l'autorité de la concurrence. La lecture de la jurisprudence n'écarter pas la possibilité que celle-ci n'étende cette solution aux autorités sectorielles, ayant déjà reconnu l'applicabilité de l'article 6 § 1, au règlement des différends (§2). Malgré ces évolutions, certains procédés, de par leur nature, sont restés à l'écart de cette évolution (§3).

*

§1 — La juridictionnalisation de la répression administrative

§2 — La juridictionnalisation du règlement des différends

§3 — Les procédés correctifs

*

§ 1 — La juridictionnalisation de la répression administrative

1007. Ce mouvement de pénalisation de la répression administrative a été remarqué en doctrine depuis longtemps. Il s'explique par un double mouvement qui manifeste l'œuvre créatrice des juges. Il est à cet égard notable que le législateur n'ait fait que suivre les impulsions lancées par les juges, constitutionnels, judiciaires et administratifs. Le mouvement

³⁰³⁶ Nous nous opposons à cet égard à la démarche d'Ismahen Chaabouni (La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers : étude comparative des contrôles de l'administration fiscale, des juridictions financières et de l'Autorité des marchés financiers, L.G.D.J., Coll. Bibl. finances publiques et fiscalité, tome 50, 2010). La réunion dans une même étude des matières fiscale, financière et boursières se justifie par la mission commune à ces autorités, une mission de régulation (spéc. pp. 113 suiv.). Ce découpage est arbitraire et la justification erronée. L'ensemble de la répression administrative connaît une juridictionnalisation, pour la raison simple que le critère du Conseil constitutionnel (les sanctions ayant le caractère d'une punition) et ceux de la Cour européenne des droits de l'homme (les matières civiles et pénales) sont des critères matériels qui font fi des considérations organiques.

de pénalisation de la répression administrative est une œuvre juridictionnelle commune qui, mise en parallèle avec l'expérience anglaise, mais aussi européenne, ne peut s'expliquer que par les traditions juridiques nationales. Il semble clair que depuis la fin du XIX^e siècle, si l'on ne peut faire que la fonction contentieuse soit exercée par un juge, elle le sera par un administrateur qui devra en prendre tous les dehors. La fin de la théorie du ministre-juge avec l'arrêt Cadot, le mouvement de création des juridictions administratives, l'ambiguïté de la jurisprudence administrative sur l'identification de la juridiction et de l'Administration³⁰³⁷ et la pénalisation de la répression administrative sont l'expression d'un même refus. Léon Duguit remarquait déjà « La tendance de la répression disciplinaire à se juridictionnaliser »³⁰³⁸ ou, pour paraphraser aussi un paradoxe d'Hauriou, il faudrait que la fonction contentieuse soit de la juridiction sans en être³⁰³⁹.

1008. L'apport du droit comparé est ici évident : il permet de manifester la spécificité du droit français et l'influence combinée de la doctrine et des juges. Autant l'envahissement de la Law & Economics dans la doctrine anglaise permet de comprendre l'évolution des autorités sectorielles vers un modèle managérial, autant l'imprégnation de la doctrine française et des juges par les idées de protection des administrés et de limitation de l'État permet d'expliquer l'évolution vers un modèle juridictionnel. Lorsque Jacques Chevallier écrit qu'avec « les progrès du libéralisme politique, l'accent est mis désormais sur la nécessaire limitation de la toute-puissance de l'appareil d'État ; le droit administratif apparaît aussi comme un instrument de protection, un dispositif de garantie des droits des administrés »³⁰⁴⁰, on retrouve aujourd'hui cette idée.

1009. Chronologiquement, l'encadrement du pouvoir de répression administrative est d'abord le fait du Conseil constitutionnel qui va mener, « à partir d'une approche globale du phénomène répressif »³⁰⁴¹, au premier mouvement de rapprochement entre la répression administrative et la répression pénale. C'est ensuite, la combinaison des jurisprudences judiciaire et administrative qui achèvera de compléter les principes, essentiellement d'ailleurs, processuels, qui s'appliquent à la répression administrative.

Il conviendra donc d'étudier l'encadrement présent des différentes étapes du processus répressif : des garanties substantielles encadrant l'enquête et la décision (I), aux garanties procédurales encadrant le prononcé de cette décision (II).

³⁰³⁷ V. sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., spéc. n° 117 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 59, p. 373 suiv. ; A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc., pp. 463 suiv. ; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, préc., n° 85 (qui qualifie la démarche du juge de « souple ») ; M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, préc., p. 108 ; M. Degoffe, « Juridictions administratives spécialisées », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n° 13.

³⁰³⁸ V. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., tome 3, Paris, Fontemoing, 1921-1925, pp. 257 suiv.

³⁰³⁹ V. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 465 : « Il faudrait que le juge administratif soit de l'administration sans en être ».

³⁰⁴⁰ V. J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, CURAPP, P.U.F., 1978-1979, spéc. p. 7.

³⁰⁴¹ V. G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préc., p. 13. V. aussi L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 189 ; L. Favoreu, T. S. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, spéc. pp. 97 suiv..

I — L'encadrement de la fonction répressive par des principes substantiels

Les principes substantiels relatifs à la répression administrative permettent d'encadrer tant le stade de l'enquête (A) que celui de la décision (B).

A — Les garanties relatives à l'enquête et à l'engagement de la procédure répressive

1010. Les juges sont venus préciser l'étendue des garanties des administrés face aux pouvoirs d'enquête dont disposent les autorités administratives indépendantes (1). Les pouvoirs des autorités sectorielles s'intègrent parfaitement dans ce cadre (2). Le devoir de surveillance qui incombe aux autorités administratives se couple d'un pouvoir discrétionnaire important quant à la décision d'engager les poursuites. Comment le juge contrôle-t-il cette décision (3) ?

I — Les garanties supra-législatives relatives à la phase d'enquête

1011. Dans l'exercice de leur mission, les autorités de régulation sont dotées d'un pouvoir de surveillance, de contrôle, qui se poursuit naturellement par un pouvoir d'enquête lorsque l'exercice du contrôle justifie l'ouverture d'une procédure plus formelle, destinée à recueillir l'ensemble des preuves relatives aux infractions soupçonnées. S'il apparaît que ce pouvoir de surveillance se présente comme une exigence qui s'impose aux autorités, le pouvoir d'enquête est, lui, soumis à un régime dual.

1012. D'abord, le Conseil constitutionnel a précisé que l'exercice de ce pouvoir de surveillance est une obligation pour l'autorité administrative qui ne peut s'y soustraire. Elle doit en effet vérifier que le titulaire d'une autorisation respecte bien les obligations qui lui incombent. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé, à l'occasion de l'examen d'une disposition législative relative au renouvellement des autorisations de service de télévision et de radiodiffusion, que « pour la mise en œuvre de cette procédure et notamment pour décider d'une reconduction d'une autorisation hors appel aux candidatures, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit s'assurer par tous les moyens d'information et de contrôle dont il dispose qu'est respecté le pluralisme sur le plan national ou sur le plan régional et local ». Le Conseil affirme donc ici que ce pouvoir d'enquête et d'information doit être exercé pour vérifier que le titulaire d'une autorisation respecte bien les objectifs législatifs qui s'imposent à l'exercice de son activité. Le Conseil poursuit et ajoute « qu'il incombera ainsi au Conseil supérieur de l'audiovisuel de tenir compte dans tous les cas du comportement passé du titulaire de l'autorisation initiale et de veiller, dans le cadre de la nouvelle discussion, qui peut être globale, de la convention qui le lie, à ce qu'il respecte ses obligations destinées à assurer une expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion »³⁰⁴². Ce pouvoir de surveillance n'est pas encadré de garanties lorsque l'autorité administrative se borne à recueillir des plaintes ou à exercer, comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel, son office de contrôle des programmes. Elle n'enfreint là aucune liberté des opérateurs ; au contraire, elle remplit pleinement sa fonction de surveillance des opérateurs. Ces autorités bénéficient donc

³⁰⁴² V. Conseil constitutionnel, 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n°93-333 DC (J.O.R.F., 26 janvier 1994, p. 1377, Rec. p. 32), spéc. §§11 et 13.

d'une faculté d'auto-saisine, qui n'est pas soumise à l'exercice d'une plainte préalable par les victimes d'un manquement³⁰⁴³.

1013. Mais, l'accumulation de plaintes et de soupçons peut rendre nécessaire l'ouverture d'une enquête formelle qui dépasse la simple demande d'informations. Il peut, le cas échéant, être nécessaire, de diligenter une enquête sur place et par conséquent de pénétrer dans des locaux professionnels. Le régime de l'enquête se dédouble alors en fonction de l'usage ou non de la contrainte.

1014. Lorsque le droit de visite dans les locaux professionnels est réalisé avec le consentement de la personne concernée, les garanties sont limitées. Le droit d'accès aux locaux professionnels est encadré assez légèrement au regard du droit constitutionnel. Le Conseil a précisé, concernant les pouvoirs de l'ancienne Commission des opérations de bourse que les agents habilités à pénétrer dans les locaux professionnels doivent avoir « la qualité d'officier de police judiciaire » ou appartenir « nécessairement au personnel de la commission des opérations de bourse ». En revanche, il résulte de la même décision que les pouvoirs de ces agents sont d'abord limités quant à leur objet — puisque l'enquête doit avoir un rapport avec les missions de l'autorité en question —, et limités quant à leur étendue puisque les pouvoirs en question ne sauraient « autoriser les agents habilités ni à procéder à une perquisition ou à une saisie, ni à effectuer un acte quelconque de contrainte matérielle »³⁰⁴⁴.

1015. L'encadrement du droit d'accès aux locaux professionnels est somme toute limité. Les requérants ont tenté de contester ce pouvoir, ou d'en encadrer en tout cas l'exercice à partir de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui confère un droit à la protection du domicile. Il fallait pour cela étendre aux locaux professionnels la protection issue de l'article 8, argument accueilli par le Cour de Strasbourg qui estime « qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels »³⁰⁴⁵.

1016. Toutefois la conséquence qu'en tirèrent les juridictions judiciaires fut plutôt décevante. L'applicabilité de cette disposition fut certes reconnue par la Cour d'appel de Paris, reprenant la formulation de la Cour de Strasbourg, mais elle n'en tira pas toutes les conséquences, plaçant sa solution dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle³⁰⁴⁶ ; mais, la Cour

³⁰⁴³ V. Concernant l'A.M.F. : Conseil d'État, 28 mars 2011, Sté Euroland Finance, n° 316521 (mentionné aux tables), Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 372, n° 189. Le Conseil juge : « La circonstance que ni le client lésé ni le bénéficiaire du comportement du PSI ne se soient plaints de cette opération est sans incidence sur la possibilité pour la commission des sanctions de poursuivre un PSI et son dirigeant pour leurs manquements aux règles qui s'imposaient à eux ».

³⁰⁴⁴ V. Conseil constitutionnel, 19 janvier 1988, Loi sur les bourses de valeurs, n°87-240 DC (J.O.R.F., 21 janvier 1988, p. 1024, Rec. p. 28) spéc. §7 et §8.

³⁰⁴⁵ V. Cour européenne des droits de l'homme, 16 avril 2002, Société Colas Est et autres c. France, n° 37971/97, Rec. 2002- III ; Cour EDH, 9 décembre 2004, Van Rossem c/ Belgique, n° 41872/98 ; Cour EDH, 16 octobre 2007, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, n° 74336/01. La Cour de justice des communautés européennes en a jugé autant : C.J.C.E., 22 octobre 2002, SA Roquette Frères, aff. C-94/00, Rec. p. I-9001, §58-59. Sur la critique générale de l'extension de la protection des droits de l'homme aux entreprises : V. B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », Recueil Dalloz, 31 mars 2011, n° 13, p. 897.

³⁰⁴⁶ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 13 décembre 2005, n° 2005/13646, Société Metaleurop et Robinson : « les droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peuvent, dans certaines circonstances, être interprétés comme incluant pour une personne morale le droit au respect de son siège social et de ses locaux professionnels ». Mais, la Cour d'appel

de cassation, elle, censura cette solution au motif que « les pouvoirs conférés par l'article L. 621-10 du code monétaire et financier aux enquêteurs de la COB, qui ne peuvent procéder à aucune perquisition ou saisie, ne comportant aucune possibilité de contrainte matérielle, ne constituent pas, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect du domicile reconnu par le § 1er du même texte »³⁰⁴⁷. Il semble donc clair, à ce stade, que cet article, pour la Cour de cassation, ne s'applique pas à l'accès aux locaux professionnels qui s'apparente à des visites et qui n'emporte aucun acte de contrainte.

1017. Il en est autrement lorsque l'enquête prend un caractère contraignant et coercitif. L'autorité administrative doit alors recueillir au préalable l'autorisation d'un magistrat du siège³⁰⁴⁸. Le Conseil d'État est venu compléter opportunément cette garantie pour lui donner une véritable effectivité. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le Conseil d'État juge, suivant en cela la jurisprudence strasbourgeoise, que ces stipulations s'appliquent « également, dans certaines circonstances, aux locaux professionnels où des personnes morales exercent leurs activités », mais qu'elles doivent « être concilié [es] avec les finalités légitimes du contrôle, par les autorités publiques, du respect des règles qui s'imposent à ces personnes morales dans l'exercice de leurs activités professionnelles ». Aussi l'ingérence dans le droit au respect du domicile par une autorité administrative doit-elle être proportionnée c'est-à-dire encadrée de « garanties effectives et appropriées, compte tenu, pour chaque procédure, de l'ampleur et de la finalité de ces pouvoirs »³⁰⁴⁹.

de Paris estima que, malgré cette protection, l'ingérence était proportionnée aux buts poursuivis par la loi et, rappelant la jurisprudence du Conseil constitutionnel estima que les agents de l'autorité administrative ne disposent d'aucun pouvoir de contrainte matériel si bien que l'accomplissement de leur mission suppose le consentement de la personne qui fait l'objet de l'enquête. V. RTD fin., 2006, n° 1, p. 151, obs. B. Garrigues ; D., 2005, p. 1417 ; RTD com., 2006, p. 450, note N. Rontchevsky.

³⁰⁴⁷ V. Cour de cassation, com., 30 mai 2007, M. Russ Robinson c. A.M.F. et société Métaleurop, n° 06-11314 : Bulletin Joly Bourse, 1er juillet 2007, n° 4, p. 461, note N. Decoopman ; Banque et Droit, n° 114, juillet-août 2007, p. 26, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars, J.-P. Bornet ; Dr. sociétés, novembre 2007, comm., n° 201, p. 28, note Th. Bonneau ; Rev. Sociétés, octobre-décembre 2007, p. 851, note Ch. Arsouze.

³⁰⁴⁸ V. en matière fiscale le Conseil constitutionnel estime que les locaux professionnels sont des locaux privés dont l'accès doit donc être autorisé par une autorité judiciaire : Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, n° 83-164 DC, § 28 (J.O.R.F., 30 décembre 1983, p. 3871, Recueil, p. 67) : « Considérant cependant que, si les nécessités de l'action fiscale peuvent exiger que des agents du fisc soient autorisés à opérer des investigations dans des lieux privés, de telles investigations ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects, et notamment celui de l'inviolabilité du domicile ; que l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ».

³⁰⁴⁹ V. Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449. V. S.-J. Liéber, D. Botteghi « Les pouvoirs de visite de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2010 p. 138 ; J. Burguburu, « Pouvoir de visite et de contrôle de la CNIL dans les locaux professionnels », Revue Juridique de l'Économie Publique, 01/04/2010, n° 674, pp. 17-26 ; JCP G, 29/03/2010, n° 13, pp. 674-679, note B. Plessix ; J.-G. Sorbara, « La censure du contrôle sur place exercé par la CNIL : le Conseil d'État garant du droit au respect du domicile », JCP A, 01/03/2010, n° 9, pp. 31-34 ; Revue Lamy droit de l'immatériel, 1/01/2010, n° 56, pp. 22-23, note M. Gaudemet. V. aussi Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, Société Pro Décor, n° 304301. Le législateur est donc intervenu pour modifier la procédure applicable à la C.N.I.L. dans l'exercice de ces pouvoirs et imposer l'information des personnes visitées : V. Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, spéc. art. 7 (J.O.R.F. n° 0075, 30 mars 2011, p. 5504, texte n° 2).

1018. Tirant la conséquence de ce considérant de principe concernant les pouvoirs de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Conseil d'État considère que les pouvoirs de cette commission, qui comprennent un droit d'accès aux locaux professionnels dont la violation est réprimée par une sanction pénale, sont d'une ampleur et d'une imprécision telles que « cette ingérence ne pourrait être regardée comme proportionnée aux buts en vue desquels elle a été exercée qu'à la condition d'être préalablement autorisée par un juge ». Toutefois le Conseil d'État constate ensuite que la personne visitée a le pouvoir de s'opposer à celle-ci, et que la Commission ne peut surmonter cette opposition qu'avec l'autorisation du juge. On retrouve donc ici la distinction entre la visite consentie et l'accès autorisé par le juge en l'absence de consentement. Cette dichotomie est validée par le Conseil qui estime que « la faculté du responsable des locaux de s'opposer à la visite, laquelle ne peut alors avoir lieu qu'avec l'autorisation et sous le contrôle du juge judiciaire, offre une garantie équivalente à l'autorisation préalable du juge ».

1019. Le Conseil d'État rajoute à cette protection, afin d'en approfondir l'effectivité, l'obligation pour l'autorité d'informer la personne visitée de son droit d'opposition : « une telle garantie ne présente néanmoins un caractère effectif que si le responsable des locaux ou le représentant qu'il a désigné à cette fin a été préalablement informé de son droit de s'opposer à la visite et mis à même de l'exercer ». En l'espèce, la carence de l'information justifie la censure.

1020. Au total, les pouvoirs d'enquête de l'autorité administrative sont donc contrôlés quant à leur objet qui doit être pertinent au regard des missions de l'autorité administrative, mais aussi quant à leur intensité. La dualité du régime de l'enquête résulte de l'existence ou non du consentement de la personne visitée à l'ingérence de l'autorité administrative dans ses locaux professionnels. En l'absence de consentement — et l'autorité administrative doit informer la personne visitée de ce droit —, l'autorité administrative ne peut agir qu'avec l'autorisation de l'autorité judiciaire³⁰⁵⁰.

À ce stade, force est toutefois de constater que les pouvoirs des autorités sectorielles respectent ce cadre.

2 — *L'économie des pouvoirs d'enquêtes des autorités sectorielles*

1021. L'ensemble des autorités sectorielles a un devoir de surveillance des titulaires d'autorisation ou de déclaration, lesquels doivent se conformer aux conditions posées dans leur titre ainsi qu'aux textes législatifs et réglementaires applicables à leur activité. Cette surveillance et ce rôle répressif impliquent la mise en place de diverses modalités de détection des infractions. Certaines méthodes pourraient être qualifiées d'endogènes : il s'agit, par exemple, pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, du contrôle continu des programmes ; d'autres, en revanche, peuvent être considérées comme exogènes, comme une plainte. Ces deux méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre, car l'ouverture d'une enquête peut survenir à la suite d'une plainte. Il est assuré que les plaintes des concurrents ou des usagers constituent des modes importants de mise à jour des infractions.

³⁰⁵⁰ V. P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », R.F.D.A., 2010, p. 920 ; J.-L. Autin, E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 75, n° 101 suiv. ; C. Arsouze, *Procédures boursières : sanctions et contentieux des sanctions*, Joly Éditions, Lextenso Éditions, 2009, spéc. p. 169, n° 133.

1022. Ainsi, l'autorité de l'audiovisuel doit en permanence contrôler, mais *a posteriori*, les programmes. En France, les programmes d'envergure nationale sont contrôlés de manière exhaustive tandis que ceux de dimension simplement locale sont contrôlés par sondage³⁰⁵¹. Souvent, le déclenchement de la procédure coercitive peut être provoqué par une plainte. Les textes peuvent définir de manière restrictive les personnes habilitées à saisir l'Autorité en question. Pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, il ne peut s'agir que de groupements et non de personnes individuelles³⁰⁵².

1023. Ce pouvoir de surveillance peut mettre à jour certaines infractions qui nécessitent la mise en œuvre d'enquêtes plus approfondies. Le législateur confère alors aux autorités sectorielles ce type de compétences. Ces pouvoirs sont conférés selon des modalités strictes. Les titulaires sont exactement désignés (agents assermentés, experts)³⁰⁵³, et le législateur prend soin de ménager la compétence de l'autorité judiciaire lorsque ces agents doivent pénétrer dans des locaux. Le Code des transports impose ainsi à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires de saisir le juge en cas de refus d'accès aux locaux professionnels qu'elle souhaiterait visiter³⁰⁵⁴.

On voit à cet égard, par l'intervention de l'autorité judiciaire, l'influence de la jurisprudence sur l'évolution du régime des enquêtes vers un régime plus protecteur et moins arbitraire.

Qu'en est-il à présent du contrôle de l'inaction, lorsque l'autorité administrative refuse de mettre en œuvre les pouvoirs qu'elle tient de la loi ?

3 — *L'engagement de la procédure répressive : le problème du contrôle de l'inaction*

L'autorité administrative est donc astreinte à un devoir de contrôle, de surveillance qui peut se traduire éventuellement par l'ouverture d'une enquête et, le cas échéant, le prononcé d'une sanction.

De quels pouvoirs disposent les administrés pour forcer une autorité administrative à déclencher une procédure répressive ? Il semble que le Conseil d'État laisse une marge de latitude assez grande aux autorités administratives indépendantes en ce domaine.

1024. Concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, il a pu juger que, aussi bien pour le prononcé d'une mise en demeure que pour celui d'une sanction, il s'agit, pour reprendre les termes du commissaire Didier Chauvaux, d'un choix d'opportunité mais qui n'échappe pas à tout contrôle de la part du juge. Cette décision ne doit pas être entachée d'erreur de droit ou

³⁰⁵¹ V. Site du Conseil supérieur de l'audiovisuel, « Le contrôle des programmes ».

³⁰⁵² V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42.

³⁰⁵³ V. Code des transports, article L2135-1 suiv. ; Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 43 ;

³⁰⁵⁴ V. Code des transports, article L2135-4 (« En dehors des cas prévus à l'article L. 2135-3, ou lorsque cet accès leur est refusé, les agents habilités ne peuvent procéder aux visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de pièces et de documents, dans le cadre d'enquêtes demandées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, que sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter »). De surcroît la loi confère un droit d'accès à certains documents notamment de comptabilité (V. Code des transports, article L2135-2). V. Code des postes et des communications électroniques, article L5-9-1 (juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter).

d'erreur manifeste d'appréciation³⁰⁵⁵. Si la loi laisse aux autorités sectorielles le soin d'apprécier l'opportunité d'engager une procédure, le juge vérifiera néanmoins que l'autorité ne commet pas une erreur manifeste en n'engageant pas une telle procédure « compte tenu des circonstances et de la nature des manquements constatés »³⁰⁵⁶. Le Conseil d'État a réitéré cette position, dans une affaire concernant l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Le contrôle que le juge opère sur la décision d'engager des poursuites est limité à l'erreur manifeste d'appréciation³⁰⁵⁷.

La phase préalable à l'édiction de la mesure répressive n'est donc pas laissée à l'entière discrétion de l'autorité administrative. Le juge contrôle le respect par celle-ci de ses pouvoirs d'enquêtes et il vérifie aussi que son refus d'engager une procédure répressive n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Quelles sont, à présent les garanties substantielles encadrant le prononcé de la décision répressive ?

B — Les garanties substantielles encadrant la décision répressive

Les garanties substantielles encadrant le prononcé de la décision répressive sont de plusieurs ordres : elles tiennent d'abord au principe de légalité (1) et de non-rétroactivité (2), au principe de proportionnalité (3) et de responsabilité (4), dont il faudra analyser la portée dans les secteurs régulés.

1 — Le principe de légalité des délits et des peines

1025. Le principe de légalité en matière répressive se compose de deux branches : l'un concerne l'infraction (*nullum crimen sine lege*) et l'autre la définition de la peine (*nulla poena*

³⁰⁵⁵ V. D. Chauvaux, « Contrôle par le CSA de l'obligation pour TF1 de diffuser des oeuvres européennes », AJDA 1998 p. 729.

³⁰⁵⁶ V. Conseil d'État, 9 juin 2006, Association des usagers des médias d'Europe, n° 267898, inédit.

³⁰⁵⁷ V. Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285 : « Considérant qu'il appartient à une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements, mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché, de décider, lorsqu'elle est saisie par un tiers de faits de nature à motiver la mise en oeuvre de ce pouvoir, et après avoir procédé à leur examen, des suites à donner à la plainte ; qu'elle dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de la gravité des manquements allégués au regard de la législation ou de la réglementation qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge ; que la décision qu'elle prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; que les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester cette décision ; qu'il appartient au juge de censurer celle-ci en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir ». Ce considérant juge trois points : la recevabilité d'un recours contre une décision de ne pas donner suite à une plainte, la qualité pour agir des personnes susceptibles de former ce recours et enfin le contrôle du juge. V. Revue juridique de l'économie publique n° 651, mars 2008, comm. 11, M. Collet ; RFDA 2008 p. 521, concl. L. Olléon ; RTD Com. 2008 p. 275, note G. Orsoni ; Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2008 n° 2008-1, p. 235, note J. Moreau ; Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2008, n° 2, p. 607, note C. Guettier.

sine lege) ; mais le fondement de ce principe est unique et se trouve, pour le Conseil constitutionnel, à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

1026. La nécessité pour une autorité administrative de respecter le principe de légalité des délits et des peines a été répétée de nombreuses fois par le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la dévolution d'un pouvoir de sanction au Conseil supérieur de l'audiovisuel³⁰⁵⁸, à la Commission des opérations de bourse,³⁰⁵⁹ mais aussi la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet³⁰⁶⁰. Ce principe est d'application large puisqu'il s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition.

1027. Au niveau de la définition de l'infraction qui doit être pour le Conseil suffisamment claire et précise³⁰⁶¹, les secteurs régulés se caractérisent, comme il a déjà été dit, par une véritable spécificité. Sous l'empire de la Constitution de la V^e république, le législateur et le pouvoir réglementaire ont chacun un rôle à jouer dans la définition des infractions, le principe de légalité n'étant plus entendu de manière stricte comme imposant l'intervention d'une loi. Néanmoins, les compétences que le législateur tire de l'article 34 de la Constitution lui imposent, dans ce domaine, d'exercer et d'épuiser sa compétence³⁰⁶² et ne pas faire dépendre le champ d'application de la loi pénale d'une décision administrative. Or, dans les secteurs régulés, où l'activité est soumise à autorisation, le Conseil constitutionnel, à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel, a jugé qu'« appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est

³⁰⁵⁸ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc., §35.

³⁰⁵⁹ V. Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, préc.,

³⁰⁶⁰ V. Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n° 2009-580 DC, préc., cons. 14. La doctrine souligne que ce principe serait désormais remplacé par un principe non plus de légalité, mais de textualité en droit pénal comme en droit administratif répressif : N. Decoopman, « Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation – L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010, pp. 147 suiv.

³⁰⁶¹ V. par ex. Conseil constitutionnel, 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n° 2010-604 DC (J.O.R.F., 3 mars 2010, p. 4312). V. aussi sur cette problématique la décision : Conseil d'État, 28 mars 2011, Caisse d'épargne de Normandie, n° 319327 (inédit), Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 372, n° 188. Le Conseil d'État juge ici que « la règle en cause était suffisamment claire, de sorte qu'il apparaissait de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes définissant leurs obligations professionnelles, que le comportement litigieux constituait un manquement à ces obligations ».

³⁰⁶² V. pour un exemple de censure : Conseil constitutionnel, 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, n° 98-399 DC, cons. 5 et 7 (J.O.R.F., 12 mai 1998, p. 7092 ; Rec. p. 245) : « en soumettant à l'appréciation du ministre de l'Intérieur la "vocation humanitaire" des associations, notion dont la définition n'a été précisée par aucune loi et de la reconnaissance de laquelle peut résulter le bénéfice de l'immunité pénale en cause, la disposition critiquée fait dépendre le champ d'application de la loi pénale de décisions administratives ; que, dès lors, nonobstant le pouvoir du juge pénal d'apprécier, conformément aux dispositions de l'article 111-5 du Code pénal, la légalité de tout acte administratif, ladite disposition porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines et méconnaît l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ». V. aussi Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC, cons. 54, 56 et 57 (J.O.R.F., 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2 ; Recueil p. 88) : imprécision et manque de clarté de la notion de "travail collaboratif" ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC, préc. : sur la notion d'interopérabilité.

soumis en vertu des lois et règlements »³⁰⁶³. La technique de l'incrimination indirecte est donc acceptée par le Conseil constitutionnel, comme le relève Jacques Petit³⁰⁶⁴.

1028. Le Conseil constitutionnel, suivi par le Conseil d'État, est allé plus loin en exigeant, dans le cas du Conseil supérieur de l'audiovisuel, que le prononcé d'une sanction pécuniaire par cet organisme ne pouvait intervenir qu'après l'émission d'une mise en demeure. Le Conseil d'État, reprenant la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, juge ainsi que « le Conseil constitutionnel, [...], a estimé qu'il résulte du rapprochement des articles 42 nouveau et 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 que les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer, réserve faite du cas régi par les articles 42-3 et 42-9, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article 1er de la loi précitée, et faute pour les intéressés de respecter lesdites obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées ; que c'est sous réserve de cette interprétation que les articles en cause ont été déclarés conformes à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 34 de la Constitution »³⁰⁶⁵. Cette solution se justifiait, parce que « la mise en demeure préalable, s'intercalant entre les faits et leur sanction, est appelée à jouer, *mutatis mutandis*, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du Code pénal, en tant que celui-ci définit l'infraction »³⁰⁶⁶. Le Conseil d'État a réitéré ce jugement concernant la Commission de contrôle des assurances³⁰⁶⁷ ainsi que pour l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes³⁰⁶⁸.

³⁰⁶³ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, préc., §37. V. aussi la décision du Conseil d'État qui reprend cette motivation à propos d'une sanction disciplinaire prononcée par le Cour de discipline budgétaire et financière : 16 janvier 2008, M. Haberer, n° 292790, AJDA 2008 p. 1000, note M. Collet. V. Conseil d'État, 12 octobre 2009, M. Petit, n° 311641. Le principe de légalité de l'infraction ne s'applique pas en revanche aux sanctions disciplinaires dans la fonction publique (Conseil d'État, 9 avril 2010, Matelly, n° 312251). Le Conseil d'État a été amené à préciser la portée de ce considérant en jugeant que « le principe de légalité des délits et des peines, lorsqu'il est appliqué à des sanctions qui n'ont pas le caractère de sanctions pénales, ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève » (Conseil d'État, 18 février 2011, Banque d'Orsay, E. Duhamel, G. Le Carvennec, P. Andrieu c. AMF (Affaire Euro Disney), n° 322786).

³⁰⁶⁴ V. J. Petit, Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., n° 101. Jacques Petit relève à juste titre que cette technique peut avoir un effet pernicieux notamment en raison de la prohibition de l'effet rétroactif des textes d'incrimination. Néanmoins, la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel et la jurisprudence du Conseil d'État, en imposant l'intervention d'une mise en demeure, seul fondement valable de l'incrimination sont de nature à parer cette difficulté. V. les conclusions sur ce point de M. Guyomar sur l'arrêt : Conseil d'État, 13 juillet 2011, Sté Edelweiss gestion n° 327980 et 329120, Bulletin Joly Bourse, nov. 2011 n° 11, p. 612.

³⁰⁶⁵ V. Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, n° 115052, Recueil Lebon p. 117, AJDA 1994 p. 402 : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1996, n° 3, pp. 1017-1026, note A. Boyer ; JCP G Semaine Juridique (édition générale), 1994, n° 50, pp. 432-436, note M.-C. Rouault.

³⁰⁶⁶ V. C. Maugué, L. Touvet, « Sanctions des manquements des exploitants audiovisuels à leurs obligations », AJDA 1994 p. 370.

³⁰⁶⁷ V. Conseil d'État, 21 février 1996, Mutuelle antillaise d'assurances, n° 171138, 172053, AJDA 1996 p. 322, AJDA 1996 p. 322, concl. D. Piveteau.

³⁰⁶⁸ V. Conseil d'État, 19 janvier 2009, Société Saint Martin Câble TV FWI, n° 301148, Recueil Lebon Tables p. 677 : Gazette du Palais, 23 avril 2009, n° 113, p. 36, note F. Forster.

La mise en demeure préalable à la sanction pécuniaire est donc devenue le droit commun dans les secteurs régulés³⁰⁶⁹. Ce procédé permet de remplir pleinement l'exigence de spécificité, de clarté et de prévisibilité³⁰⁷⁰.

1029. Concernant cette fois le principe de légalité des peines, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt Benkerrou que ce principe implique que « les sanctions soient prévues et énumérées par un texte », mais que ce texte n'a pas, dans tous les cas, à être une loi³⁰⁷¹. Le problème est donc de déterminer la portée de ces cas et par conséquent les hypothèses dans lesquelles une loi est requise et celle dans lesquelles un acte administratif peut être suffisant. Là encore apparaît la spécificité des domaines soumis à autorisation préalable. Le même arrêt explique en effet que « lorsqu'il est compétent pour fixer certaines règles d'exercice d'une profession, le pouvoir réglementaire l'est également pour prévoir des sanctions administratives qui, par leur objet et leur nature, soient en rapport avec cette réglementation ». Ainsi, lorsqu'une profession est soumise à autorisation préalable, et que son exercice relève du pouvoir réglementaire, l'autorité administrative dispose même sans texte du pouvoir d'édicter les sanctions en rapport avec cette réglementation, lesquelles consistent en des sanctions de retrait ou de suspension. En revanche, lorsque l'exercice de cette profession relève de la loi, la sanction ne peut être prévue que par le législateur, fut-elle de retrait ou de suspension³⁰⁷².

³⁰⁶⁹ V. l'article du Chef du service juridique de l'Autorité de régulation des télécommunications, Ivan Luben qui explique : « De fait, la disposition législative unique, l'article L. 36-11 du Code des postes et télécommunications, qui définit ce pouvoir de sanction, a pris acte, en les inscrivant dans le droit positif, de certaines solutions qui avaient été dégagées par la jurisprudence, telles que la nécessité d'une mise en demeure préalable à la sanction ou d'un recours de pleine juridiction » (« Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », AJDA 2001 p. 121).

³⁰⁷⁰ Dans le domaine des marchés financiers, le Conseil d'État a d'ailleurs jugé que « ni le principe de légalité des délits et des peines, ni celui de non rétroactivité de la loi répressive plus sévère, ne fait obstacle à ce qu'à la faveur de la première application d'une règle applicable à la date des faits litigieux, la commission des sanctions précise sa portée et en fasse application aux faits à l'origine des manquements qu'elle sanctionne, dès lors qu'à la date des faits litigieux, la règle en cause est suffisamment claire, de sorte qu'il apparaisse de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes définissant leurs obligations professionnelles et à l'interprétation en ayant été donnée jusqu'alors par l'AMF ou la commission des sanctions, que le comportement litigieux constitue un manquement à ces obligations, susceptible comme tel d'être sanctionné en application de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier ». Ce considérant permet de mettre en évidence *a contrario* les obligations qui pèsent sur les infractions administratives (Conseil d'État, 18 février 2011, Banque d'Orsay, E. Duhamel, G. Le Carvennec, P. Andrieu c. AMF (Affaire Euro Disney), n° 322786, Bulletin Joly Bourse, 1^{er} mai 2011 n° 5, p. 315, note C. Arsouze). Concernant l'ARJEL, une décision récente montre toute l'actualité du principe de légalité, la commission des sanctions jugeant qu'une obligation contenue dans « un dossier des exigences techniques élaboré par l'ARJEL, apparaît donc dépourvue de fondement juridique » (V. Commission des sanctions de l'ARJEL, déc. du 6 juin 2011, n° 2010/03 : Concurrences, N° 3-2011, n°38133, pp. 204-206, note H. Delzangles).

³⁰⁷¹ V. Conseil d'État, 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c. Benkerrou, n° 255136, AJDA 2004 p. 1695.

³⁰⁷² V. Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber. V. le comm. de L. Janicot, « Formes et procédures administratives non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? Une fausse idée claire », AJDA 2010 p. 540. L'arrêt juge que, lorsque la loi est compétente, elle l'est pour déterminer le « régime des sanctions » : « lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les sanctions encourues que les éléments constitutifs des infractions que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ».

1030. Aussi, le principe de légalité des peines dépend-il des domaines respectifs de la loi et du règlement tels qu'ils résultent des articles 34 et 37 de la Constitution. Parmi les peines que les autorités sectorielles peuvent prononcer, une distinction doit donc être faite entre la nature des peines et la nature des activités. Dans tous les cas, l'édiction d'une sanction pécuniaire relève du domaine de la loi puisque, reprenant l'arrêt Benkerrou, cette peine n'est pas, par son objet et sa nature, en rapport avec la réglementation instituée, raisonnement que confirme Mattias Guyomar³⁰⁷³. Dans les cas des peines de retrait et de suspension, la compétence de l'Administration dépend du domaine que la Constitution lui assigne.

1031. De toute manière, dans les secteurs à l'étude, le législateur prend le soin d'énumérer de manière précise les différentes sanctions, qu'elles portent sur l'autorisation ou qu'elles soient de nature pécuniaire. Aussi le contrôle de la sanction, le plus souvent pécuniaire dans les domaines étudiés, sera-t-il opéré en fonction du principe de proportionnalité, le Conseil constitutionnel notant d'ailleurs que cet arsenal de sanctions permet de respecter l'exigence de proportionnalité.

Avec l'exigence de légalité, inhérente à toute activité répressive, le Conseil constitutionnel impose le respect du principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère.

2 — *Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère*

1032. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a conféré le pouvoir de la prononcer à une autorité non juridictionnelle. Cette règle est posée clairement dans la décision sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel du 17 janvier 1989³⁰⁷⁴. La conséquence est donc qu'une mesure à la disposition du Conseil supérieur de l'audiovisuel visant « non pas à l'infliction d'une sanction, mais à la prévention de la survenance ou de la réitération d'une atteinte aux principes essentiels que doit respecter un service de communication audiovisuelle »³⁰⁷⁵, n'entre pas dans le champ d'application de cette règle.

1033. Ce principe se double de celui du caractère en principe rétroactif de la loi pénale plus douce, dont le fondement se trouve pour le Conseil constitutionnel³⁰⁷⁶ comme pour le Conseil d'État, dans le principe de nécessité des peines. Ce principe, consacré par le Conseil d'État³⁰⁷⁷, est aussi applicable au juge de plein contentieux. C'est ainsi qu'en a jugé le Conseil

³⁰⁷³ V. les concl. préc. : « Nous aurions en revanche été nettement plus réservé face à l'institution d'une amende administrative. Par sa nature, la sanction pécuniaire produit des effets qui dépassent le seul exercice de la profession ».

³⁰⁷⁴ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, cons. 35. V. aussi les décisions n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, cons. 7 (J.O.R.F., 11 janvier 1980, p. 84 ; Recueil p. 29) ; n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, cons. 8 (J.O.R.F., 31 décembre 1980, p. 3242 ; Recueil p. 53) ; n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, cons. 32 et 33 (J.O.R.F., 31 décembre 1982, p. 4034 ; Recueil p. 88).

³⁰⁷⁵ V. Conseil d'État, ord., 20 août 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel, n° 269813,

³⁰⁷⁶ V. Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, n° 80-127 DC, cons. 75 (J.O.R.F., 22 janvier 1981, p. 308, Rec. p. 15) ; n° 2010-74 QPC, 3 décembre 2010, cons. 3 et 4 (J.O.R.F., 4 décembre 2010, p. 21117, texte n° 87).

³⁰⁷⁷ V. Avis du 27 mai 1993 (EDCE 1993, n° 45, p. 342) où le Conseil d'État affirme que ce principe « s'applique non seulement aux sanctions prononcées par les juridictions répressives, mais aussi aux sanctions administratives », position qu'il confirme dans l'avis du 5 avril 1996, Houdmond, concernant les sanctions fiscales en (en l'espèce les majorations d'impôts pour mauvaise foi). V. F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », préc. ; J. Petit, « L'application du principe

d'État, dans l'affaire Société Atom, du 16 février 2009, où il était amené en tant que juge de plein contentieux à faire application de la loi nouvelle d'incrimination moins sévère³⁰⁷⁸.

Les principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère sont accompagnés d'une exigence de proportionnalité.

3 — *Le principe de proportionnalité*

1034. Le principe de proportionnalité des sanctions ayant le caractère d'une punition est une exigence constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel a contrôlée s'agissant du Conseil supérieur de l'audiovisuel. L'argumentation du Conseil montre que l'existence d'un arsenal, d'une panoplie étoffée de mesures permet de remplir l'exigence de proportionnalité, d'autant plus lorsque le législateur impose à l'autorité administrative le respect de ce principe. Il juge ainsi, concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, que « la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à la « gravité du manquement » reproché au titulaire d'une autorisation. Le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1. Il en va ainsi en particulier des sanctions pécuniaires prévues au 3° de cet article. À cet égard, l'article 42-2 précise que le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé »³⁰⁷⁹. Le législateur reprend cette exigence constitutionnelle en prévoyant que l'autorité doit, en fixant la sanction, tenir compte de la gravité du manquement³⁰⁸⁰ et proportionner le montant de la sanction pécuniaire à la gravité de ce manquement³⁰⁸¹. Ainsi l'existence d'un éventail de peines et l'exigence législative de proportionner ces peines à la gravité de l'infraction, permettent de remplir pleinement l'impératif que contient le principe de proportionnalité.

1035. C'est aussi le contrôle que met en œuvre le Conseil d'État lorsqu'il est amené à examiner la proportionnalité d'une sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Dans l'arrêt du 11 mars 1994, Société La Cinq, le juge, suivant en cela l'avis du commissaire Frydman, tient compte tant de la gravité des faits que des « avantages que la société en a retirés » pour réduire le montant de la sanction infligée préalablement par l'autorité

de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales, Commentaire de l'avis du Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, M. Guy Houdmond », RFDA 1997 p. 843

³⁰⁷⁸ V. Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000, Recueil Lebon p. 25 : AJDA, 2009, p. 583, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, AJ pénal 2009, p. 189, obs. E. Péchillon, RFDA, 2009, p. 259, concl. C. Legras, Constitutions 2010, p. 115, obs. O. Le Bot) : « ces nouvelles dispositions issues de la loi du 2 août 2005 et de l'ordonnance du 7 décembre 2005 prévoient des peines moins sévères que la loi ancienne ; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'État, statuant comme juge de plein contentieux sur la demande de la Société Atom, d'appliquer ces dispositions à l'infraction commise par cette société ». V. une illustration Tribunal administratif de Montreuil, 8 octobre 2010, Société Compagnie hôtelière de gestion, n° 0909035, AJDA, 2011, p. 843, concl. B. Brenet.

³⁰⁷⁹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 88-248 DC, préc..

³⁰⁸⁰ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée, article 42-1.

³⁰⁸¹ V. Article L5-3-2°-b et L36-11 du Code des postes et des communications électroniques ; article 40 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité modifiée ; article 17 de la Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

sectorielle³⁰⁸². À cette occasion, le commissaire du gouvernement a été amené à préciser la notion d'avantage que doit prendre en compte l'autorité dans l'établissement de la sanction. Cette notion ne saurait en aucun cas être interprétée comme prohibant l'infliction d'une sanction au cas où l'infraction n'aurait procuré aucun avantage pécuniaire. Il faut dès lors entendre cette notion « dans le sens très général de bénéfices de toutes natures liés à un manquement, et non dans celui de gains exclusivement financiers réalisés en relation directe avec ce dernier ». À l'appui de sa démonstration, le commissaire cite d'ailleurs les termes de la Loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers, dans laquelle le législateur prend soin de distinguer, pour l'établissement du montant de la sanction entre les avantages et les profits que l'infraction a permis de procurer. Aussi, la notion d'avantage doit-elle être entendue de manière large³⁰⁸³.

1036. Dans tous les cas, le juge constitutionnel impose la prise en compte des circonstances (gravité, avantages) pour la détermination de la sanction. C'est la raison pour laquelle il condamne l'automatisme d'une sanction comme ne remplissant pas l'exigence de proportionnalité qui s'interprète comme le pouvoir confié à l'autorité d'adapter la sanction aux circonstances de l'espèce : « La sanction tenant à l'insertion d'un communiqué dans les programmes, en cas de manquement à ses obligations par un éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision, revêtirait, compte tenu de la modification législative opérée, un caractère automatique. Une telle automatisme pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés. En conséquence, en interdisant au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, la répression à la gravité du manquement reproché, le législateur a méconnu le principe de la nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 »³⁰⁸⁴. Le principe impose donc que l'autorité répressive puisse individualiser la peine en prenant en compte, dans chaque cas, les circonstances de l'espèce, la réitération par exemple³⁰⁸⁵. Le principe de proportionnalité est ici renforcé par le principe

³⁰⁸² V. Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, préc. et les concl. RFDA, 1994 p. 429. V. aussi Conseil d'État, 29 juillet 2002, Association Radio deux couleurs, n° 221302, Légipresse, n° 199, mars 2003, p. 30, concl. D. Chauvaux.

³⁰⁸³ V. pour d'autres ex. Conseil d'État, 22 juin 2007, M. Patrick A., n° 272650 (contrôle normal sur la sanction infligée à un professionnel par la commission nationale des experts en automobile, en vérifiant qu'elle n'est pas disproportionnée à la gravité des faits reprochés à ce dernier) ; pour une sanction du C.S.A. : « qu'eu égard à la gravité du manquement et au caractère répété des agissements de la Société Vortex contraires à ses obligations, la sanction prononcée n'est pas excessive » (Conseil d'État, 22 octobre 2010, Société Vortex, n° 324614, A.J.D.A., 2011, p. 740, note C. Benelbaz) ; Conseil d'État, Section, 10 juillet 1995, Société Télévision Française 1, n° 141726 ; Conseil d'État, 13 janvier 1995, Société Télévision Française 1, n° 138691 ; Conseil d'État, 26 juillet 1991, S.A. La Cinq, n° 110945.

³⁰⁸⁴ V. Conseil constitutionnel, 7 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 2000-433 DC, cons. 52 (J.O.R.F., 2 août 2000, p. 11922, Rec. p. 121).

³⁰⁸⁵ Le droit de la concurrence préfère le terme de réitération. Frédéric Colin défend l'autonomie de la notion de récidive administrative (V. F. Colin, « La récidive administrative », AJDA 2009 p. 2148). V. aussi l'analyse de Jérôme Lasserre Capdeville sur les peines complémentaires dont la constitutionnalité a été mise en doute. Il conclut que « le caractère automatique du prononcé de la peine n'est pas suffisant pour entraîner l'inconstitutionnalité d'une mesure : tout dépend de l'étendue des pouvoirs de la juridiction dans son prononcé. Si la liberté des magistrats est jugée suffisante, la peine doit être déclarée conforme à la Constitution » (« Éclairage – Une sanction susceptible de disparaître : la peine accessoire de l'article L. 231-6, al. 1 du Code monétaire et financier », Bulletin Joly Bourse, 1^{er} mai 2011 n° 5, p. 304). V. les décisions du Conseil constitutionnel : 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC (J.O.R.F. 12 juin 2010, p. 10849) ; 29 septembre 2010, n° 2010-40 QPC (J.O.R.F., 30 septembre 2010, p. 17782) ; 29 septembre 2010, n° 2010-41 QPC (J.O.R.F., 30 septembre 2010, p. 17783) ; 10 décembre 2010, n° 2010-72/75/82 QPC (J.O.R.F., 11 décembre 2010, p. 21710).

d'individualisation des peines, principe lui aussi de valeur constitutionnelle, qui s'oppose donc nettement à toute peine automatique³⁰⁸⁶.

1037. Le principe de proportionnalité encadre l'intensité de la sanction. Il s'applique donc aux cumuls de sanctions dans le même ordre juridique lorsque celles-ci sont de nature différente³⁰⁸⁷. Il permet aussi d'encadrer les possibilités de cumul de poursuites et de sanctions dans des ordres juridiques différents, pénal et administratif. Les règles de non-cumul des poursuites et des peines ont une signification différente : « La première, explique Frédéric Stasiak, est une règle de forme qui prohibe l'exercice de deux actions répressives à l'égard d'une même infraction et qui se rattache à l'autorité absolue de l'autorité de la chose jugée de la décision pénale. La seconde est une règle de fond qui interdit soit qu'une même infraction puisse être sanctionnée par plusieurs peines, soit, lorsqu'il existe plusieurs infractions, que le cumul de sanctions afférentes à chacune d'elles excède le maximum légal de la peine la plus élevée »³⁰⁸⁸. Malgré l'idée de justice qui s'attache à ces principes, leur portée pratique est des plus limitées. Le Conseil constitutionnel paraît lui-même hésitant quant à la portée de ces principes. Ainsi, dans la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel », il ne fait que relever qu'il résulte du libellé de la loi « qu'une sanction pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale »³⁰⁸⁹. Il va plus loin dans la décision relative à la loi créant l'Autorité de régulation des télécommunications, puisqu'il juge qu'« il appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis. En particulier une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale »³⁰⁹⁰ et note à cette occasion que le législateur a pris soin d'empêcher un tel cumul. Toutefois, dans la décision relative aux pouvoirs de la Commission des opérations de bourse il affirme que « Si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des

³⁰⁸⁶ V. Conseil constitutionnel, 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, n° 2005-520 DC (J.O.R.F., 27 juillet 2005, p. 12241, texte 16 ; Recueil, p. 118), cons. 3 ; Conseil constitutionnel, 10 décembre 2010, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation], n° 2010-72/75/82 QPC, cons. 3 : « le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article implique que la peine de publication et d'affichage du jugement ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ». En conséquence, le juge constitutionnel déclare inconstitutionnelle les dispositions du code général des impôts qui institue une peine obligatoire de publication et d'affichage du jugement de condamnation pour des faits de fraude fiscale. V. H. Matsopoulou, « La censure par le Conseil constitutionnel de la peine de publication de la décision de condamnation applicable au délit de fraude fiscale », *Revue des sociétés*, juin 2011, p. 377-380.

³⁰⁸⁷ V. Conseil d'État, 9 novembre 2007, Société Bourse direct SA, n° 298911, *Bulletin Joly Bourse*, 1 février 2008 n° 1, p. 42, concl. M. Guyomar. Dans cette décision le Conseil d'État juge que la sanction de rendre publique une décision est une sanction complémentaire, soumise au principe de proportionnalité, alors même que la loi ne le prévoirait pas expressément. Notable est aussi à cet égard l'évolution du contrôle de cassation du Conseil d'État sur l'appréciation de la proportionnalité de la sanction par les juges du fond. Si cette appréciation est souveraine et échappe en principe au contrôle du juge de cassation, le Conseil d'État veille à ce que cette appréciation souveraine de la proportionnalité de la sanction ne soit pas entachée de dénaturation (Conseil d'État, 30 mai 2011, Mme O., n° 339496, A.J.D.A. 2011 p. 2246, note J. Petit).

³⁰⁸⁸ V. F. Stasiak, « Autorités administratives indépendantes (AAI) », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, février 2004, n° 174. V. R. Vandermeeren, « La “double peine” : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », *AJDA* 2003 p. 1854).

³⁰⁸⁹ V. Conseil constitutionnel, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, préc., cons. 30.

³⁰⁹⁰ V. Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11400, Recueil, p. 99), cons. 15.

sanctions encourues ». Il réitère cette solution dans une décision postérieure à celle relative à la Loi de réglementation des télécommunications³⁰⁹¹, qui semble être aujourd'hui la position définitive du Conseil pour la doctrine³⁰⁹². C'est ainsi le principe de proportionnalité qui permet d'accommoder les dérogations aux principes de non-cumul en permettant d'imputer sur le montant de la sanction pénale celui de la sanction administrative précédemment prononcée.

1038. La jurisprudence du Conseil, acceptant le cumul tout en l'encadrant par le principe de proportionnalité, est en harmonie avec les solutions dégagées par les juridictions tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire³⁰⁹³. Il est en effet de jurisprudence constante, que les poursuites répressives engagées dans des ordres juridiques différents sont possibles et peuvent par conséquent donner lieu à l'infliction de plusieurs peines. De même, l'engagement de deux procédures pour les mêmes faits, mais dont l'une a un but répressif et l'autre vise à mettre fin dans l'urgence à une illégalité, est légal. Il en a été décidé ainsi par le juge des référés du Conseil d'État qui ne voit pas d'obstacle à l'engagement d'une procédure de sanction par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et, en même temps, à la saisine du président de la section du Contentieux du Conseil d'État pour qu'il ordonne dans l'urgence, et le cas échéant sous astreinte, les mesures de nature à mettre fin à une illégalité³⁰⁹⁴. Mais la compatibilité de ces solutions avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est désormais douteuse depuis l'arrêt Zolotoukhine³⁰⁹⁵.

³⁰⁹¹ V. Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, n° 97-395 DC (J.O.R.F., 31 décembre 1997, p. 19313, Rec. p. 333), cons. 41 ; 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, n° 2001-455 DC, (J.O.R.F., 18 janvier 2002, p. 1053, Rec. p. 49), cons. 85 et 86.

³⁰⁹² V. l'avis de R. Vandermeeren, « La "double peine" : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », AJDA 2003 p. 1854. V. la critique adressée à la décision sur l'A.R.T. par F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA 1997 p. 1.

³⁰⁹³ V. à cet égard la démonstration de Roland Vandermeeren : « Même au sein d'un ordre juridique unique, tel que l'ordre pénal interne, il existe donc des limites à l'interdiction de répéter les poursuites en vue de punir deux fois une seule infraction. A fortiori, cette interdiction ne saurait-elle comporter une valeur absolue lorsque les faits donnant lieu à des poursuites pénales et une éventuelle condamnation déterminent également l'administration à sanctionner l'auteur de ces faits. Une jurisprudence du Conseil d'État, aussi ancienne que constante, considère que l'infliction d'une peine par le juge répressif n'empêche pas le prononcé d'une sanction administrative, que ce soit à l'encontre d'un fonctionnaire (CE 12 janvier 1917, Létrillard, Lebon p. 33), d'un commerçant (CE Sect. 16 juin 1944, Hervé, Lebon p. 172) ou d'un médecin (CE Sect. 9 mars 1951, Hay, Lebon p. 150), ou encore de la personne qui, pour des faits identiques, a commis une contravention de police et une contravention de grande voirie (CE Sect. 13 juin 1964, Guégan, Lebon p. 334 ; CE 17 novembre 1965, Agrelli, Lebon p. 621) » (« La "double peine" : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », préc.)

³⁰⁹⁴ V. Conseil d'État, ord., 13 décembre 2004, n° 274757 : « A la différence de la mise en oeuvre des articles 42 à 42-7 de la loi qui tendent au prononcé d'une sanction administrative par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la procédure instituée par l'article 42-10 autorise la prescription, par une autorité juridictionnelle agissant sur requête du président de l'instance de régulation, en urgence et au besoin sous astreinte, de toute mesure visant à mettre fin à l'irrégularité dénoncée si elle est établie ou à en supprimer les effets, ou encore de la mesure de police découlant de l'adjonction apportée à l'article 42-10 par la loi du 9 juillet 2004 ».

³⁰⁹⁵ Pour un cumul de poursuites dans des ordres juridiques différents : « il aurait été certes plus conforme aux principes d'une bonne administration de la justice que, les deux infractions provenant d'un même fait pénal, elles fussent sanctionnées par une seule juridiction, dans une procédure unique. [toutefois] l'article 4 du Protocole n° 7 [...] ne s'oppose pas à ce que des juridictions distinctes connaissent d'infractions différentes, fussent-elles les éléments d'un même fait pénal, et cela d'autant moins qu'en l'occurrence, il n'y a pas eu cumul des peines, mais absorption de la plus légère par la plus lourde » (Oliveira c. Suisse du 30 juillet 1998, Rec., 1998-V). Mais l'arrêt Zolotoukhine est venu clarifier la position de la Cour et condamné le cumul de poursuites même dans des ordres juridiques différents (C.E.D.H., Grande ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03 : D.

1039. Comment l'exigence de proportionnalité est-elle mise en œuvre, par le législateur, dans les secteurs régulés en France ? D'abord, comme il a déjà été montré, le législateur impose la proportionnalité de la sanction en imposant que l'autorité administrative fixe le montant de la sanction en fonction des circonstances de chaque espèce, la gravité du manquement, les avantages que la personne poursuivie a pu retirer de celui-ci³⁰⁹⁶. De surcroît, le législateur impose toujours un plafond à la sanction pécuniaire, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires³⁰⁹⁷, plafond qui prend souvent en compte la proportionnalité puisqu'il est en général double : en cas de réitération de l'infraction le législateur en prévoit un second plus élevé.

1040. La seconde exigence de proportionnalité réside dans l'aménagement du cumul. Le législateur aménage ces doubles poursuites selon deux modalités distinctes. D'une part, certains textes reprennent la jurisprudence du Conseil constitutionnel et prévoient que le montant de la sanction pécuniaire ne peut excéder celui de la sanction pénale ou que cette dernière s'impute sur le montant de l'amende administrative³⁰⁹⁸. D'autre part, le législateur a pu mettre en place des systèmes d'exclusion et prévoir que l'intervention de l'autorité sectorielle ne peut être justifiée qu'en l'absence de poursuites pénales pour les mêmes faits, les premières ne pouvant être prononcées que si « le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale »³⁰⁹⁹.

Les juges ont donc progressivement imposé le respect tant du principe de légalité que de non-rétroactivité et de proportionnalité. Le principe de responsabilité fait aussi partie des principes applicables.

2009. 2014, note J. Pradel ; Rev. science crim. 2009. 675, obs. D. Roets ; JCP 2009, n° 23, 13 juill. 2009, p. 143, comm. F. Sudre).

³⁰⁹⁶ V. Loi du 30 septembre 196 relative à la liberté de communication, article 42-2 qui impose la prise en compte de la gravité et des avantages. Dans le code des postes et des communications électroniques, le législateur relève comme critères, dans le domaine postal, la gravité du manquement, la situation de l'intéressé, l'ampleur du dommage et les avantages retirés (article L5-3 du C.P.C.E.), et, dans le secteur des communications électroniques uniquement la gravité et les avantages retirés (article L36-11 du C.P.C.E.). Dans le secteur énergétique, la loi du 10 février 2000 mentionne pour l'établissement de la sanction la gravité du manquement, la situation de l'intéressé, l'ampleur du dommage et les avantages qui en sont tirés (article 40). Le Conseil d'État est venu préciser que le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'avait pas à « mentionner dans sa décision la méthode de calcul sur laquelle il s'est fondé pour fixer le montant de la sanction pécuniaire infligée ». Aussi, « En se référant notamment, pour évaluer les avantages que la société M6 avait pu retirer des pratiques de publicité illégales, aux barèmes de tarifs qui auraient été appliqués si la publicité avait été régulière, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée » (Conseil d'État, 18 mai 1998, Société M6, n° 178765).

³⁰⁹⁷ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-2 (3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois) ; article L5-3 du C.P.C.E. (5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, ce plafond étant porté à 10 % en cas de nouvelle infraction) ; article L36-11 du C.P.C.E. le plafond est fixé à 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, taux porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation ; article 40 de la loi du 10 février 2000 relative au service public de l'électricité (« 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation »).

³⁰⁹⁸ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-2 (« Lorsque le manquement est constitutif d'une infraction pénale, le montant de la sanction pécuniaire ne peut excéder celui prévu pour l'amende pénale. Lorsque le Conseil supérieur de l'audiovisuel a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce »).

³⁰⁹⁹ V. article L. 36-11-b du CPCE ; article 40-1°-b de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Le principe de responsabilité implique d'étudier successivement le principe de personnalité des peines, ainsi que les causes d'exonération ou d'atténuation de cette responsabilité³¹⁰⁰.

1041. Le principe de personnalité des peines, issu du droit pénal, ayant acquis rang constitutionnel³¹⁰¹ et impliquant que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », est applicable en droit administratif répressif tant aux personnes physiques — on l'a vu³¹⁰² — qu'aux personnes morales. Toutefois, la vie des affaires et singulièrement celle des personnes morales met ce principe à l'épreuve. Deux cas de figure peuvent être envisagés : les problèmes liés à la disparition de la personne morale et ceux de la détermination des personnes susceptibles d'engager la responsabilité de celle-ci, autrement dit le régime de l'imputabilité des manquements à l'auteur de l'infraction lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

1042. Les cas de fusion, de scission, de rachat ou de dissolution ne sont en effet pas rares et, autant il peut sembler injuste de frapper une personne qui ne peut être tenue pour responsable du comportement d'une autre, autant il serait trop facile pour les entreprises d'échapper à toute sanction en pratiquant une de ces opérations. C'est ce qui pousse Alain Seban à affirmer : « Le principe de la personnalité des peines n'a assurément pas été imaginé pour les personnes morales »³¹⁰³. Et c'est aussi cette réalité qui a amené le procureur général Truche à évoquer, lors de la réforme du Code pénal, « le suicide sans risque de personnes morales »³¹⁰⁴. Il s'applique néanmoins, mais avec des aménagements pour tenir compte de cette spécificité. Aussi, le Conseil d'État a-t-il pu juger que le principe de personnalité des peines fait « obstacle à ce que le Conseil des marchés financiers inflige à une société absorbante un blâme à raison des manquements commis avant la fusion par la société absorbée », mais qu'il ne s'oppose pas en revanche, en raison de la mission de régulation dont est investie l'autorité

³¹⁰⁰ V. M. Deguerge, « Sanctions administratives et responsabilité », AJDA 2001 p. 81 ; F. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, préc. pp. 274 suiv..

³¹⁰¹ V. Conseil constitutionnel, décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Rec. p. 75. Le fondement de ce principe est à rechercher dans les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. De même la C.E.D.H. en fait application, en déduisant le principe de personnalité des peines de l'article 6 §2 de la Convention, relatif à la présomption d'innocence, aux pénalités fiscales (C.E.D.H., 29 août 1997, E. L., R. L. et J. O.-L. c. Suisse, aff. 20919/92).

³¹⁰² V. surtout, Conseil d'État, avis cont., 29 octobre 2007, Société Sportive Professionnelle « LOSC Lille Métropole », n° 307736, Recueil Lebon p. 431 : le « principe constitutionnel de responsabilité personnelle en matière pénale est applicable aux sanctions administratives et disciplinaires » (D. 2008. 1381, note Maisonneuve ; AJDA 2008. 919, note J.-M. Duval ; Gaz. Pal. 2008. 1, p. 263, concl. Prada Bordenave, et Somm. p. 544, note Forti).

³¹⁰³ V. concl. A. Seban sous Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697, Recueil Lebon p. 537 ; AJDA 2000, p. 997, note Guyomar et Collin, D. 2001, AJ p. 237, obs. M. Boizard et A. Reygrobelle ; J.-F. Barbière, Les petites affiches, 27 avr. 2001, n° 84, p. 15 ; C.J.E.G., 2001, n° 573, pp 68-78, concl. A. Seban.

³¹⁰⁴ V. P. Truche, Introduction au colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 1993, p. 231 ; H. Le Nabasque, « La règle de la personnalité des poursuites et des peines ne permet pas, sauf fraude, d'appliquer des sanctions aux sociétés qui sont issues d'une scission lorsque les manquements constatés sont ceux de la société scindée », note sous Paris, 14 mars 1997, Rev. Sociétés 1997, p. 827 ; L. Gamet, « Le principe de la personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », JCP éd. G, 2001, I, 2001, I, 1345 ; cités par I. Urbain-Parleani, « La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions Note sous Cour de cassation (crim.), 20 juin 2000, Société Pilkington Sud », Revue des sociétés 2001 p. 851 ; Y. Paclot, « Le juge et les décisions de sanctions de l'Autorité des marchés financiers », in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, préc., n°26-27.

administrative au prononcé d'une sanction pécuniaire³¹⁰⁵. La même solution a été adoptée en 2008 : le principe de personnalité des peines s'oppose à ce qu'une sanction de publication soit infligée à la société absorbante en raison des fautes de la société absorbée, mais ne s'oppose pas à l'infliction d'une sanction pécuniaire³¹⁰⁶. Le Conseil d'État aménage le principe pour le concilier avec l'efficacité de la répression.

1043. Il semble que les deux ordres de juridictions aient une interprétation divergente de la portée de ce principe. Ainsi la Cour d'appel de Paris a annulé la procédure menée par la Commission des opérations de bourse contre sept sociétés issues de la scission de la société coupable. La Commission, ayant reçu notification de la décision de dissoudre et de scinder cette société, avait tout de même décidé de poursuivre son œuvre en réprimant les sociétés issues de l'opération. La Commission s'était fondée, comme l'explique Jacqueline Riffault, sur une conception matérielle ou économique de la société, proche de celle retenue en droit de la concurrence : « en s'attachant à la réalité du groupement concerné plutôt qu'à la fiction de la personnalité juridique [...]. Elle en concluait que ce principe ne s'opposait donc pas à ce que soit considérée comme auteur du manquement une entreprise issue de la scission de la société à laquelle les pratiques étaient matériellement imputables, dès lors qu'elle assurait la continuité économique de l'entité préexistante. Ce faisant, la Commission des opérations de bourse paraît s'être fondée sur une notion « économique » ou « matérielle » de la personne morale, définie comme un ensemble de moyens matériels et humains disposant d'une autonomie décisionnelle suffisante, au-delà des techniques juridiques d'organisation que constituent les formes sociales du droit commercial — dont elle souligne la facilité de leurs transformations »³¹⁰⁷. La Cour d'appel de Paris a prononcé l'annulation de cette sanction au motif « qu'en vertu de ce principe pénal seule peut être incriminée comme « auteur » du manquement la personne qui en est personnellement à l'origine »³¹⁰⁸, ce qu'a confirmé la Cour de cassation au motif que « le principe de personnalité des poursuites et des sanctions s'oppose à ce que, en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que l'auteur du manquement en cause, puissent se le voir imputer et faire l'objet de sanctions à caractère pénal »³¹⁰⁹. La chambre criminelle de la même cour tint peu après le même raisonnement. Mais la Cour de cassation, juge du droit de l'Union européenne, fait sienne l'interprétation de la Cour de justice et fait prévaloir une conception économique de l'entreprise sur sa conception juridique³¹¹⁰.

1044. Le Conseil d'État, comme la Commission des opérations de bourse pouvait prendre argument de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière

³¹⁰⁵ V. Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697.

³¹⁰⁶ V. Conseil d'État, 17 décembre 2008, Société Oddo & Cie, n° 316000, Recueil Lebon, p. 458, JurisData n° 2008-074658, Revue de Droit bancaire et financier n° 2, mars 2009, comm. 75, Comm. D. Bompont ; Conseil d'État, 28 mars, 2011, Caisse d'épargne de Normandie et a., n° 319327 (inédit), Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 372, n° 188.

³¹⁰⁷ V. J. Riffault, « L'application du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives », Revue de science criminelle 1998 p. 134.

³¹⁰⁸ V. J. Riffault, « L'application du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives », Revue de science criminelle 1998 p. 134.

³¹⁰⁹ V. Cour de cassation, comm., 15 juin 1999, RD bancaire 1999, n° 74, p. 123, obs. M. Germain, M-A. Frison-Roche ; Banque & Droit 2000, n° 69, p. 50 obs. H. de Vauplane. V. V. Magnier, Y. Paclot, « Le principe de la personnalité des poursuites et des peines à l'épreuve des décisions de sanction de l'AMF », Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010, pp. 529 suiv., spéc. p. 533 (sur la divergence des jurisprudences).

³¹¹⁰ V. Cour de cassation, com., 23 juin 2004, Bull. civ. 2004, IV, n° 132 ; 28 janv. 2003, Bull. civ. 2003, IV, n° 12. V. C. Grynfolgel, Sanctions du droit communautaire de la concurrence, JurisClasseur Commercial, Fasc. 287, n° 5.

de droit de la concurrence. Cette cour avait en effet fait sienne cette conception économique de l'entreprise en jugeant que « la requérante ayant repris tous les droits et obligations des quatre coopératives de l'ancienne association, elle doit être considérée comme le successeur économique tant de l'ancienne association que de ses membres, ceux-ci mêmes ayant entendu lui assigner cette fonction »³¹¹¹. Cette conception économique de l'entreprise est réaffirmée dans d'autres décisions de manière encore plus nette : « pour l'application de l'article 85 du traité, le changement de la forme juridique et du nom d'une entreprise n'a pas pour effet de créer une nouvelle entreprise dégagee de la responsabilité de comportements anticoncurrentiels de la précédente, lorsque, du point de vue économique, il y a identité entre les deux »³¹¹². De même, en droit de la concurrence, une société détenant une filiale à 100 % est présumée responsable des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par cette dernière³¹¹³.

1045. La spécificité de la jurisprudence du Conseil d'État s'explique, pour Mattias Guyomar et Pierre Collin, par la mission particulière qui incombe à l'ancien Conseil des marchés financiers, la « nécessité d'assurer la sécurité de la place financière et la moralité de l'activité économique »³¹¹⁴, ce faisant le Conseil d'État sacrifie « la stricte application d'un principe fondamental de la matière répressive sur l'autel de la sécurité du marché »³¹¹⁵. Le Conseil d'État a récidivé dans sa rigueur à l'égard des prestataires de services d'investissements, montrant encore, s'il en était besoin, la conception spécifique qu'il se fait du principe de personnalité des peines dans la matière financière.

1046. En effet, la seconde question que les personnes morales posent au principe de personnalité des peines est celle de la détermination des personnes susceptibles d'engager la responsabilité de cette personne morale. Le Conseil d'État a jugé, à cet égard, que les sociétés prestataires de services d'investissement sont responsables non seulement des agissements de

³¹¹¹ V. C.J.C.E., 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, Recueil page 01663, §84. V. A. Dashwood, D. Guy, H. Laddie, G. I.F. Leigh, « The Sugar Industry Marathon », *European Law Review* 1976 pp. 479-499 ; L. Focsaneanu, « Gigantisme juridique : l'arrêt-fleuve du 16 décembre 1975 de la Cour de justice des Communautés européennes concernant les affaires "Industrie européenne du sucre" », *La Semaine juridique — édition entreprise* 1976, I, 12168 ; D.F. Murphy, « Some Observations on the Sugar Cases », *Common Market Law Review* 1977 pp. 45-71 ; P. Krsjak, « Remarques relatives à la décision de la Cour de justice du 16 décembre 1975 ayant pour objet l'application des art. 85 et 86 du traité des Communautés économiques européennes concernant l'industrie du sucre », *Gazette du Palais* 1977 III Doct. pp. 4-7 ; R. Kovar, *Journal du droit international* 1977 p. 216-230.

³¹¹² V. C.J.C.E., 28 mars 1984, Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH contre Commission des Communautés européennes, aff. 29/83 et 30/83, Recueil page 01679. V. J. Faull, *European Law Review* 1984, pp.447-449 ; K. Hendry, Keith, « Article 85 EEC and Changes in an Enterprise's Formal Identity, Re-export Clauses and Mutual Supply Contracts », *European Law Review*, 1985, pp.187-190.

³¹¹³ V. C.J.U.E., 20 janv. 2011, Repsol Quimica SA et alii, n° C-90/09 P, *Bulletin Joly Sociétés*, 1er avril 2011, n° 4, note G. Decocq.

³¹¹⁴ V. M. Guyomar, P. Collin, « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », *AJDA* 2000 p. 997.

³¹¹⁵ V. M. Guyomar, P. Collin, « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », *AJDA* 2000 p. 997. Cette explication trouve encore un fondement dans l'arrêt Conseil d'État, 17 décembre 2008, n° 316000, Société Oddo & Cie, préc. Ici, le Conseil d'État précise bien que le principe de personnalité des peines ne s'oppose pas au prononcé d'une sanction pécuniaire à l'encontre de la société absorbante, au nom de la mission de régulation dont est investie l'autorité administrative.

leurs dirigeants et représentants, mais aussi de ceux de leurs préposés³¹¹⁶. Ils sont de surcroît responsables des manquements des sociétés qu'ils contrôlent. Le Conseil d'État considère que les règles qui s'imposent à un prestataire de services d'investissement s'appliquent à l'ensemble « des activités dont il a la maîtrise, y compris celles exercées pour son compte ou à son bénéfice par une structure qu'il contrôle dotée de la personnalité morale »³¹¹⁷.

1047. Cette jurisprudence est-elle transposable aux secteurs régulés ? Le Conseil d'État a examiné le moyen tiré d'une méconnaissance du principe de personnalité des peines concernant l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires³¹¹⁸. Il faut noter aussi que le Conseil d'État émet les mêmes réserves quant à l'application du principe de personnalité des peines en matière fiscale où il est d'avis que — toujours en justifiant sa solution sur la mission qui incombe à l'autorité administrative — « eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée »³¹¹⁹.

1048. L'assouplissement du principe de personnalité en matière de sanction administrative doit donc être justifié par la force de l'intérêt général qui s'attache à la répression — la mission de régulation ou la prévention de la fraude fiscale —, ainsi qu'aux circonstances de l'opération d'absorption. En réalité, le juge opère une conciliation entre ce principe et l'intérêt général qui s'attache à l'efficacité de la répression pour décider au nom du degré d'assouplissement qu'il entend appliquer à ce principe.

1049. Le principe de responsabilité emporte donc d'abord le principe de personnalité des peines, qui connaît une véritable spécificité en matière administrative par rapport au droit pénal. Le législateur peut aussi prévoir des cas d'amnistie³¹²⁰ et, surtout, dans les secteurs régulés, des cas de prescriptions³¹²¹.

³¹¹⁶ V. Conseil d'État, Sect., 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, n° 299203, Recueil Lebon p. 189. V. concl. M. Guyomar, « La responsabilité des prestataires de services d'investissement (l'imputabilité des fautes commises par leurs agents) », RFDA 2008 p. 699 ; É. Geffray, B. Bourgeois-Machureau, « De la présomption simple de responsabilité du fait des préposés en matière financière », AJDA 2008 p. 1321 ; Revue de Droit bancaire et financier n° 5, septembre 2008, comm. 154, comm. A.-C. Muller. V. aussi C. Benoît-Renaudin, « La répression financière des dirigeants et préposés », Bulletin Joly Bourse, 1^{er} octobre 2011 n° 10, p. 556, n° 269. V. aussi le cas de responsabilité des clubs de football pour les agissements de leurs supporters, validée par le Conseil d'État, avis, 29 octobre 2007, Société sportive professionnelle LOSC Lille métropole, n° 307736 : Gazette du Palais, 03 janvier 2008 n° 3, p. 11, concl. E. Prada-Bordenave.

³¹¹⁷ V. Conseil d'État, 11 févr. 2011, Société Générale, n° 316508, Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 368, n° 179, note I. Riassetto.

³¹¹⁸ V. Conseil d'État, 16 novembre 2007, Compagnie aérienne Iberia Lineas Aereas de España c. Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, n° 289185, AJDA 2008 p. 58. Le Conseil d'État juge que « la circonstance que la sanction a été infligée à la “Compagnie Iberia” alors que la dénomination exacte de la société est “Iberia Lineas Aereas de España” ne constitue pas par elle-même un manquement au principe de la personnalité des peines, dès lors que l'Autorité ne s'est pas méprise sur l'auteur de l'infraction ».

³¹¹⁹ V. Conseil d'État, avis, 4 déc. 2009, Sté Rueil Sports venant aux droits et obligations de la Sté Sidonie, n° 329173, n° JurisData n° 2009-081570 : Droit fiscal n° 6, 11 février 2010, comm. 181, concl. E. Glaser, note J.-L. Pierre ; Revue juridique de l'économie publique n° 673, Mars 2010, étude 5, M. Collet.

³¹²⁰ V. les concl. du rapporteur Claire Legras sous l'arrêt Société ATOM (16 février 2009, n° 274000, préc.) : « Avant de l'examiner, vous devez toutefois vous interroger d'office sur l'impact éventuel de la loi d'amnistie du

1050. La jurisprudence constitutionnelle et administrative a donc eu pour effet d'encadrer strictement l'exercice de la fonction répressive des autorités de régulation, en s'inspirant des principes du droit pénal. La création du Conseil supérieur de l'audiovisuel par le législateur a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'affirmer l'application des principaux cardinaux du droit pénal aux sanctions administratives.

Deux traits de spécificité perdurent néanmoins. Dans les secteurs régulés, la légalité de l'infraction connaît une nette spécificité en raison du rôle qu'y joue la mise en demeure. En outre, le Conseil d'État semble prêt, dans certains cas et au nom de l'intérêt général que poursuit la répression, à aménager le principe de personnalité des peines.

Mais l'évolution qui a eu le plus d'impact sur le fonctionnement et l'exercice de la fonction répressive des autorités administratives indépendantes est d'ordre procédural.

II — L'encadrement de la fonction répressive par des principes procéduraux

Les principes procéduraux ont une influence tant au stade de l'enquête (A) que de la décision répressive (B).

A — Les garanties qui s'attachent à l'enquête

Le stade de l'enquête est certes encadré de manière substantielle, pour protéger les locaux professionnels qui, au même titre que le domicile, bénéficient de protections

6 août 2002, dont l'article 11 prévoit que sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles. Mais nous sommes convaincue que la sanction prévue à l'article 1840 N du code général des impôts ne constitue pas une sanction professionnelle au sens de l'article 11 de la loi de 2002. Votre jurisprudence, pour la présentation exhaustive de laquelle nous vous renvoyons aux conclusions de Jacques-Henri Stahl sous votre avis de Section du 10 juillet 2003, Mme Rougeoreille, p. 339, prend en considération l'objet de la mesure répressive pour déterminer si elle peut être qualifiée de sanction professionnelle pour l'application des lois d'amnistie. Or la sanction en cause dans notre affaire ne présente pas un caractère spécial. Elle a pour objet de défendre un objectif d'intérêt général et non de réprimer des faits qui constituent un manquement aux règles d'exercice d'une profession. Cette sanction n'entre donc pas plus dans le champ de la loi d'amnistie que les sanctions pécuniaires prononcées contre les employeurs de main d'œuvre clandestine (CE, 11 mars 1987, OMI, p. 124), ou celles qui sont infligées sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945 en matière économique (CE, 22 juin 1984, Marcel, T. p. 501) ou encore les amendes infligées aux transporteurs aériens pour n'avoir pas vérifié que leurs passagers étaient munis d'un document de voyage (CE, 30 décembre 2002, ministre de l'Intérieur c. Sté Air France, n° 227834) ».

³¹²¹ V. article L. 36-11-4° du CPCE : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peut être saisie de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ». C'est trois ans devant le C.R.E. (article L. 40-6 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité) ; V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-5 (le délai est fixé à trois ans) ; V. Codes des transports, article L2135-8 (cinq ans). La question s'est posée de savoir si un délai important entre la mise en demeure et la sanction ne prescrit pas les faits incriminés dans cette première mise en demeure. Le Conseil d'État a jugé dans l'affaire Société Vortex que « le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'était pas tenu d'adresser à la société une nouvelle mise en demeure avant de décider de la sanction attaquée, alors même que cette mise en demeure portait sur des faits remontant à plus de quatre ans » (Conseil d'État, 22 octobre 2010, Société Vortex, n° 324614, A.J.D.A., 2011, p. 740, note C. Benelbaz ; La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 juin 2011, 704, note L. Calendri).

conventionnelles ; mais il est aussi encadré — bien que de manière légère — par des règles procédurales et notamment le recours au juge.

1051. Il est d'abord de jurisprudence constante que l'autorité administrative n'a pas à respecter le principe du contradictoire au stade de l'enquête. Ce principe a été réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 2011 concernant les enquêtes de l'Autorité des marchés financiers : « la contradiction, qui s'applique pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête »³¹²². La Cour de cassation impose cependant un principe de loyauté de l'enquête, principe dégagé expressément sous le fondement du code de procédure civile à propos des enquêtes de l'autorité de concurrence, mais qui s'applique aussi à l'autorité boursière. Ce principe impose à l'autorité administrative de ne pas utiliser des éléments de preuve obtenus de manière déloyale comme, par exemple, « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »³¹²³.

1052. Qu'en est-il de la position du Conseil d'État quant aux garanties des justiciables lors de la phase d'enquête ? Il semble que le Conseil d'État ne l'impose pas dans le silence des textes. Dans un arrêt Société Athis, le Conseil a jugé, après avoir rappelé les textes applicables aux enquêtes de la Commission des opérations de bourse, que celle-ci n'avait pas l'obligation de

³¹²² V. Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252, JurisData n° 2011-002627 ; Lexbase Hebdo, n° 244 du jeudi 24 mars 2011, note É. Mazzei ; Droit pénal n° 5, mai 2011, comm. 63, J.-H. Robert.

³¹²³ V. Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-17.147 ; la même obligation s'applique à l'Autorité des marchés financiers : V. Cour d'appel de Paris, 28 juin 2005, Vivendi c. A.M.F., n° RG 2005/02333 (l'arrêt considère que l'A.M.F. est astreinte au respect d'un « devoir de loyauté » lors de ses enquêtes) ; Cass., com., 19 décembre 2006, n° 05-18919 ; Cass., com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252 : « Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que la contradiction, qui s'applique pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête, laquelle doit seulement être loyale de façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense, l'arrêt relève qu'en l'espèce, il ne résulte d'aucun des éléments du dossier que l'enquête ait été déloyale et ait ainsi emporté la conviction erronée de la commission des sanctions ». Ce faisant, la Cour de cassation prend le contrepied de l'avis de l'avocat général Petit qui proposait, suivant en cela la Cour d'appel de Paris, que l'Autorité de la concurrence se voie « reconnaître une autonomie procédurale qui laisse place à un régime probatoire adapté et proportionné à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, dans le respect des règles du procès équitable, conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne ». V. T. Bonneau, F. Drummond, Droit des marchés financiers, préc., p. 400. Le principe de loyauté en matière boursière implique que la manière dont l'enquête est diligentée ne remette pas en question définitivement les droits de la défense. La portée du principe de loyauté semble plus large en matière de pratique anticoncurrentielle puisque la Cour de cassation ne pose pas comme critère d'interprétation le fait que la pratique déloyale doit avoir porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense. La Cour de cassation a jugé aussi que la personne interrogée peut renoncer au bénéfice de principe : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans constater que la personne dont les déclarations ont été recueillies par les enquêteurs dans les locaux de la société GSTI avait, préalablement à celles-ci, renoncé au bénéfice des règles applicables aux auditions, visant à assurer la loyauté de l'enquête, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cour de cassation, 24 mai 2011, Société Kelly, n° 10-18267 : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 23 Juin 2011, 1489, note Y. Paclot ; Lexbase Hebdo, n° 259 du Jeudi 14 Juillet 2011, Édition Affaires, n° Lexbase N7018BSQ, note É. Mazzei ; Bulletin Joly Bourse, 1^{er} septembre 2011, n° 9, p. 474, n° 243, note J. Lasserre Capdeville ; Bulletin Joly Bourse, 1 octobre 2011 n° 10, p. 525, éditorial N. Rontchevsky). V. aussi Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-13878 et n° 10-13911, Bulletin Joly Bourse, nov. 2011 n° 11, p. 588 ; Cass. com., 20 septembre 2011, Xavier X. c. AMF, n° 10-13.911, JurisData n° 2011-023387 ; Thoma c. AMF, n° 10-13.591, JurisData n° 2011-019472 ; Moccia c. AMF, n° 10-13. 878, JurisData n° 2011-019490 : Droit des sociétés n° 12, Décembre 2011, comm. 221, note S. Torck.

faire connaître les motifs de l'ouverture d'une enquête³¹²⁴, car, comme le dit très nettement le commissaire Francis Lamy dans ses conclusions, « ce moyen est sans valeur. Aucune règle, aucun principe n'impose à ce stade de communiquer des griefs. L'objet de l'enquête est seulement de vérifier leur existence, et l'ouverture d'une enquête n'est pas une décision devant être précédée d'une procédure contradictoire »³¹²⁵. Cette conclusion est renforcée par l'arrêt Dubus qui concernait la Commission bancaire, juridiction administrative d'après la loi. Dans cet arrêt le Conseil d'État juge « qu'il s'ensuit qu'à supposer même que la Société Dubus S.A. n'ait pas bénéficié de l'ensemble des garanties des droits de la défense lors des contrôles administratifs qui ont précédé l'engagement de la procédure disciplinaire, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le droit au procès équitable rappelé par le premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aurait été méconnu »³¹²⁶. Le Conseil d'État a aussi précisé que les procès-verbaux dressés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'ont pas à être « dressés de façon contradictoire »³¹²⁷.

1053. Les exigences procédurales ne sont donc pas applicables à la phase d'enquête. Sur ce point, les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État sont en harmonie. En revanche, le Conseil d'État ne reprend pas à son compte le principe de loyauté dégagé par le Cour de cassation en matière de concurrence³¹²⁸.

L'enquête n'a donc pas à avoir un caractère contradictoire ce qui est d'ailleurs cohérent avec son caractère inquisitoire. C'est au stade de l'instruction du dossier que les droits de la défense sont applicables ainsi que le caractère impartial de la procédure.

B — Les garanties entourant la décision répressive

Ces garanties sont multiples : il s'agit d'abord des droits de la défense (1), ensuite de l'impartialité (2), enfin d'autres éléments, comme la motivation de la décision, s'imposent (3).

³¹²⁴ V. Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392. V. AJDA 2001 p. 634, note M. Guyomar, P. Collin ; D. 2002. 1666, obs. S. Thomasset-Pierre ; RFDA 2002. 509, concl. F. Lamy ; Revue de science criminelle 2002. 612, obs. J. Riffault-Silk ; RTD com. 2002. 132, obs. N. Rontchevsky.

³¹²⁵ V. F. Lamy, « Sur la notion de sanction administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Conclusions sur Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis », RFDA 2002 p. 509.

³¹²⁶ V. Conseil d'État, 30 juillet 2003, Société Dubus S.A., n° 240884, Recueil Lebon T. p. 671 : Petites affiches, 20 février 2004 n° 37, p. 3, concl. M. Guyomar ; AJDA 2004. 26, note A. Laget-Annamayer.

³¹²⁷ V. Conseil d'État, 14 juin 1991, Assoc. Radio Solidarité, n° 107365, Recueil Lebon p. 232 ; RFDA 1992 p. 1016, note J.-L. Autin.

³¹²⁸ Sur cette différence : M.-C. Piniot, « La mise en oeuvre de la répression à l'encontre des personnes morales — Évaluation comparée des deux voies répressives », Revue de science criminelle 1996 p. 293. Tout au plus en matière fiscale le Conseil d'État a-t-il pu censurer une enquête par laquelle l'Administration a cherché à recueillir des preuves de manière irrégulière en « induisant ainsi en erreur une grande partie des personnes questionnées sur l'étendue de leurs obligations à l'égard de l'Administration, le vérificateur a entaché d'irrégularité l'enquête à laquelle il a procédé ». L'Administration n'avait pas signalé aux personnes auxquelles elle avait envoyé un questionnaire qu'elles n'étaient pas soumises au droit de communication. Le Conseil d'État n'impose donc pas ici un principe de loyauté *expressis verbis* mais est sensible à ce que l'Administration utilise ses pouvoirs d'enquête de manière loyale (V. Conseil d'État, 1er juillet 1987, n° 54 222, Marcantetti, RJF 1987.10.542 et 505, Concl. Fouquet ; C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 5^e éd., 2009, n° 51). C'est aussi l'interprétation qu'en fait E. Mignon, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », AJDA 2001 p. 99.

1054. Ce principe bénéficie de fondements nombreux. Il est consacré par le Conseil constitutionnel dès la décision de 1989 concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République³¹²⁹. Le législateur doit donc respecter ce principe qui impose deux exigences : la possibilité pour la personne poursuivie de présenter ses observations et d'avoir accès au dossier la concernant. Incidemment, le Conseil déduit de ce principe l'impossibilité pour la Commission des opérations de bourse de mener sa fonction répressive et qu'en même temps, à raison des mêmes faits et contre les mêmes personnes, elle se porte partie civile au procès pénal³¹³⁰. Ce principe est aussi imposé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et c'est enfin un principe général du droit³¹³¹.

Devant les autorités sectorielles, les droits de la défense ne débutent qu'à compter de l'engagement de la procédure de sanction. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'ils n'étaient pas applicables au stade de la mise en demeure³¹³². En revanche, une fois la procédure de sanction ouverte, le juge rappelle que « que conformément aux principes généraux du droit, aucune sanction ne peut être prononcée sans que soit respecté le principe général des droits de la défense »³¹³³.

Sous l'empire du revirement de jurisprudence opéré après l'arrêt Didier qui accepte le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³¹³⁴, le Conseil d'État a noté que la procédure devant le Conseil supérieur

³¹²⁹ V. Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, préc., cons. 29 : « Conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que le titulaire de l'autorisation ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant ».

³¹³⁰ V. Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989 (J.O.R.F., 1er août 1989, p. 9676, Rec. p. 71) : « Le respect des droits de la défense fait obstacle à ce que la Commission des opérations de bourse puisse, à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits, concurremment exercer les pouvoirs de sanction qu'elle tient de l'article 5 de la loi déferée et la faculté d'intervenir et d'exercer tous les droits de la partie civile en vertu de l'article 10 de la loi » (cons. 46). V. le comm. de B. Genevois, R.F.D.A., 1989, spéc. p. 678.

³¹³¹ V. Conseil d'État, 20 juin 1913, Téry, Recueil Lebon p. 736, S. 1920.3.13, concl. Corneille (pour les juridictions administratives) ; Section, 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133 : D. 1945.110, concl. Chenot, note de Soto ; RD publ. 1944.256, concl. Chenot, note Jèze (pour les autorités administratives).

³¹³² Conseil d'État, 14 juin 1989, Sté Soritel, n° 95031 (« Considérant qu'il résulte des dispositions ci-dessus rappelées de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 que la mise en demeure est un acte préalable à une décision de retrait d'autorisation ; qu'en égard à son objet et en l'absence des dispositions législatives ou réglementaires particulières, cet acte n'est soumis à aucune procédure préalable »), Recueil Dalloz 1990 p. 291, note T. Hassler ; 14 juin 1991, Assoc. Radio Solidarité, n° 107365, Rec. CE, p. 232 (« Eu égard à leur objet et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, les mises en demeure adressées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le fondement de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ne sont soumises à aucune procédure préalable »). V. pour la procédure de mise en demeure devant le CoRDIS : Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 10-I. V. E. Guillaume, C. Beaugonin, Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2007, n° 152.

³¹³³ V. Conseil d'État, ord., 13 déc. 2004, CSA c/ Société Eutelsat, n° 274757, Rec. CE, p. 456 ; CE, ord., 19 juill. 2006, CSA c. Société Saprodif, n° 294663.

³¹³⁴ Auparavant, le Conseil d'État n'acceptait l'application de ce principe qu'aux juridictions. Le Conseil s'était fixé cette ligne dans Conseil d'État, avis, Sect., 31 mars 1995, SARL Auto-Industrie Méric, Recueil Lebon p. 154 : AJDA 1995, p. 739, note Muriel Dreifuss ; RFDA 1995, p. 1185, note H. Labayle et F. Sudre. V. aussi J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 §1 de la Convention européenne

de l'audiovisuel ne méconnaissait pas les droits de la défense, car « il ressort des dispositions du règlement intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel que le rapport de présentation de l'affaire rédigé par la direction juridique de cette autorité, après que les griefs ont été notifiés à l'éditeur, au distributeur ou à l'opérateur concerné et qu'un délai lui a été imparti pour présenter ses observations écrites, n'est soumis au Conseil supérieur de l'audiovisuel qu'en vue de l'adoption de la décision de clore ou de poursuivre la procédure de sanction engagée ; que, dans ce dernier cas, ce rapport est communiqué à l'intéressé qui est ensuite entendu par le Conseil »³¹³⁵.

En effet, la loi et les règlements intérieurs relatifs aux procédures de sanction devant les autorités sectorielles font pleinement leur place aux droits de la défense, et ce aux différents stades de la procédure.

1055. D'abord, au stade de la notification des griefs, les parties disposent du droit d'être entendu qui se manifeste par un droit à formuler des observations écrites³¹³⁶, et parfois « écrites et verbales »³¹³⁷. Le texte confère donc un droit de répondre par écrit, mais aussi d'être reçu par les services compétents pour discuter des charges. Le Conseil d'État confère une importance décisive à la notification des griefs, puisqu'il juge que l'autorité administrative ne peut fonder sa décision de sanction sur des faits qui ne sont pas contenus dans cette notification. Une méconnaissance de cette exigence constitue une atteinte aux droits de la défense, car la notification des griefs « ouvre la procédure disciplinaire et en délimite les contours », elle doit donc « énoncer les griefs retenus afin de permettre à la personne mise en cause de faire valoir sa défense en présentant ses observations ». Par conséquent le fait pour l'autorité administrative de retenir à l'encontre d'une personne des griefs qui n'étaient pas relevés dans la notification constitue une « méconnaissance des droits de la défense »³¹³⁸. Sur ce point la Cour de cassation est d'un avis opposé, puisqu'elle juge que « qu'aucun texte ou principe n'interdit que la décision prononçant une sanction à l'encontre d'une personne à qui il a été reproché de s'être livrée à l'un des manquements visés par l'article L. 621-15 du code monétaire et financier retienne des circonstances de fait qui ne sont pas mentionnées dans la lettre de notification de griefs afin de caractériser les comportements qui s'y trouvent visés »³¹³⁹. Les deux ordres de juridictions ne sont pas sur ce point en accord.

des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », AJDA 1999 p. 847 ; C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 5^e éd., 2009, pp. 107 suiv., n° 5-4.

³¹³⁵ V. Conseil d'État, 6 janvier 2006, Société Lebanese Communication Group SAL c. Conseil supérieur de l'audiovisuel, n° 279596

³¹³⁶ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-7.

³¹³⁷ V. Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 40-4° ; V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-11-2-b ; Code des transports, article L. 2135-8.

³¹³⁸ V. Conseil d'État, 15 mars 2006, Zerbib, n° 276370, Recueil Lebon, tables p. 741 : RTD com. 2006. 629, note N. Rontchevsky ; Droit des sociétés, 2006, n° 10, pp. 25-26 ; Conseil d'État, CE, 2 novembre 2005, M., n° 270826.

³¹³⁹ V. Cour de cassation, com., 27 avr. 2011, Maurel et Prom, n° 10-12125 : Bulletin Joly Bourse, 1er septembre 2011 n° 9, p. 487, n° 246, note M. Samuelian, G. Berruyer.

1056. Ensuite, les textes prévoient ainsi le droit pour les personnes soupçonnées de consulter le dossier³¹⁴⁰ contenant les griefs formulés contre elles ainsi que « le cas échéant, les résultats des enquêtes ou expertises conduites par l'autorité »³¹⁴¹.

1057. Enfin, les textes précisent que la procédure est contradictoire aux stades de l'instruction et de l'audience³¹⁴².

1058. Le Conseil d'État impose devant l'autorité administrative et dans le silence même des textes, un certain nombre d'éléments supplémentaires. Il a ainsi jugé dans la décision Parent, que l'article 6 § 1 de la Convention confère non seulement un droit à la communication des griefs, mais qu'en outre la personne poursuivie doit disposer de suffisamment de temps pour établir sa défense. De surcroît, celle-ci bénéficie d'une égalité des droits pour l'audition des témoins, ainsi qu'enfin, à l'assistance gratuite d'un interprète. Ces éléments sont requis « pour garantir, dès l'origine de la procédure, son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats »³¹⁴³. Ce jugement, rendu à la fois dans le cas du Conseil de discipline de la gestion financière et dans celui de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, est transposable aux autorités sectorielles dans une certaine mesure. Il est constant que les personnes poursuivies auront suffisamment de temps pour préparer leur défense, car la sanction ne peut intervenir qu'après le non-respect d'une mise en demeure. En revanche les droits supplémentaires énoncés par le Conseil d'État concernant l'audition des témoins, et l'assistance gratuite d'un interprète peuvent venir compléter les garanties offertes par les textes³¹⁴⁴.

1059. C'est davantage le souci d'impartialité qui a eu une influence sur la procédure des autorités administratives indépendantes, même si, là encore, les jurisprudences des ordres judiciaire et administratif ne sont peut-être par tout à fait en harmonie.

³¹⁴⁰ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-7 ; V. Code des transports, article L2135-8.

³¹⁴¹ V. article 40-4° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; V. article L. 36-11-2-b du CPCE ; C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 10-II.

³¹⁴² V. article 40-4° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; V. article L. 36-11-2-b du CPCE ; Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3-VI et 10-II ; V. Code des transports, article L2135-8.

³¹⁴³ V. Conseil d'État, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454 : RTD Com, 2007, 406, note N. Rontchevsky ; D. 2006. AJ 2792 ; D. 2007. Pan. 2418, spéc. 2425, obs. B. Le Bars et S. Thomasset-Pierre ; AJDA 2007. 80, note M. Collet ; RTDF 2007/1, p. 117, obs. N. Rontchevsky ; RD banc. fin. mars-avr. 2007, n° 86, p. 42, note D. Bompoin ; Banque et Droit janv.-févr. 2007, n° 111, p. 32, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet ; LPA 28 nov. 2006, n° 237, p. 18, note J.-M. Glatt ; ibid. 20 déc. 2006, p. 4 ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 80, § 6, concl. M. Guyomar ; Dr. sociétés 2007. Comm. 55, note Th. Bonneau ; JCP E 2007. 1218, p. 15, obs. B. Dondero ; G. Dolidon, RLDA janv. 2007, n° 12, p. 31. J.-P. Relmy, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », RTD Com. 2010 p. 29 ; E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 182.

³¹⁴⁴ En matière fiscale, le Conseil d'État a jugé que ne contrevenait pas au principe des droits de la défense le fait de ne pas mentionner la possibilité de se faire assister d'un avocat au stade de l'établissement de l'amende (Conseil d'État, 26 mai 2008, société Norelec, n° 288583). De même, dans une affaire concernant la lecture publique de la décision, le Conseil d'État a jugé dans une affaire qui concernait, il est vrai, le volet civil de l'article 6 § 1, que cette exigence pouvait être remplie par d'autres moyens « appropriés assurant l'accès au texte de la décision » (V. Conseil d'État, 12 octobre 2009, M. P. c. Société K., n° 31164, Petites affiches, 05 mai 2010, n° 89, p. 6, concl. M. Guyomar).

2 — L'impartialité : de l'impartialité objective à la consécration d'un principe de séparation des fonctions

1060. L'impartialité est un principe général du droit qui s'impose à l'Administration, même sans texte. Malgré les controverses doctrinales sur l'arrêt qui aurait clairement posé ce principe, il est consacré *expressis verbis* par l'arrêt Didier de 1999³¹⁴⁵ en matière administrative ; le Conseil constitutionnel avait rappelé, dans sa décision sur la Commission des opérations de bourse, que celle-ci était astreinte à une obligation d'impartialité, comme toute autorité administrative³¹⁴⁶.

1061. Mais la portée de ce principe, dont on a vu qu'il avait une double facette, va être complètement refaçonée par les exigences du procès équitable issues de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et que la Cour de cassation, comme le Conseil d'État déclarent applicable à la procédure devant les autorités administratives qu'elles ont la charge de contrôler³¹⁴⁷. Il faut d'ailleurs noter que la consécration du droit au procès équitable par le Conseil constitutionnel n'a pas eu d'effet notable, même après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnel³¹⁴⁸.

³¹⁴⁵ V. les dév. que consacre P. Idoux à ce sujet dans sa thèse (La contradiction en droit administratif français, préc., p. 452-453). Alain Seban dans ses conclusions sous l'arrêt Didier affirme que le principe est ancien et le fait remonter à l'arrêt Louis du 20 juin 1958 (Rec. p. 368, V. A. Seban, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier », RFDA 2000 p. 584). É. Mitard fait remonter cette consécration à l'arrêt Trèbes du 4 mars 1949 (« L'impartialité administrative », AJDA 1999 p. 478). Les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative dressent, eux, une généalogie très complète de ce principe, qui aurait été consacré implicitement dès 1872 et explicitement en 1927 (ouvrage préc., pp. 766-767). Pour Frédéric Sudre au contraire, l'arrêt Didier opère un véritable revirement de jurisprudence : « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », La Semaine Juridique Édition Générale n° 10, 8 mars 2000, II 10267.

³¹⁴⁶ V. Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, préc., cons. 10, « L'absence d'un régime d'incompatibilité n'est pas de nature à altérer l'indépendance de la Commission des opérations de bourse, dès lors que cette autorité est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent ».

³¹⁴⁷ Le même jour, le Conseil d'État déclare le moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme invocable à l'encontre des procédures engagées devant le Conseil des marchés financiers (arrêt Didier), la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins (arrêt Leriche). Mais considère que l'avertissement émis par la Commission nationale de l'informatique et des libertés n'émane par d'un tribunal au sens de l'article 6 § 1 (arrêt Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf). V. Conseil d'État, Sect., 3 décembre 1999, Didier, n° 207434, Recueil Lebon p. 399 : RFDA 2000.584, concl. Seban ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre ; RD publ. 2000.349, note Guettier ; RA 2000.43, note Brière ; RTD com. 2000.405, note N.R. ; Conseil d'État, Sect., 3 décembre 1999, Leriche, n° 195512 : Dr. soc. 2000.194, concl. Schwartz ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre ; Conseil d'État, 3 décembre 1999, Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf, n° 197060 et 197061, Recueil Lebon p. 397 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 104 ; RFDA 2000.574, concl. Combrexelle ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre. V. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 104. Pour la jurisprudence judiciaire qui déclare l'article 6 § 1 applicable aux procédures devant la Commission des opérations de bourse et le Conseil de la concurrence : pour la C.O.B. Cour de cassation, Ass. Plén., 5 février 1999, COB c. Oury, Bull. civ. AP n° 1, p. 1 ; Gazette du Palais, 24-25 févr. 1999, concl. Lafortune, note Degueudre, Gramblat et Herbière ; JCP G 1999, II, 10060, note Matsopoulou ; CA Paris 7 mars 2000, KPMG Fiduciaire de France, JCP 2000.II.10408, note R. Drago), pour le Conseil de la concurrence (Com. 5 oct. 1999, SNC Campenon Bernard SGE, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133 ; JCP 2000.II.10255, note Cadou).

³¹⁴⁸ Le Conseil constitutionnel consacre ainsi un droit au procès équitable, même si cette reconnaissance n'est aujourd'hui que platonique. V. D. Fallon, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable À propos

Il faut donc analyser la portée du principe d'impartialité dans les deux ordres de juridictions pour voir si l'on constate un rapprochement, ou si, au contraire, certaines divergences persistent. Pour Jean-François Brisson, la divergence porterait sur le « moment du procès équitable et impartial »³¹⁴⁹.

a — La position du Conseil d'État : rechercher l'orthodoxie et la conformité avec la jurisprudence de Strasbourg

1062. Le Conseil d'État, une fois le droit au procès équitable déclaré applicable à la procédure devant une autorité administrative indépendante, s'en tient à une lecture orthodoxe, conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, de la portée de ce principe, en affirmant que « compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6 § 1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». Toutefois, le moyen tiré de la participation du rapporteur au délibéré est examiné, mais ne prospère pas. La reconnaissance de l'applicabilité de l'article 6 § 1 est donc au départ platonique. Le Conseil d'État mène une analyse des textes, du rôle du rapporteur dans les faits et conclut au respect du principe d'impartialité. Le Conseil d'État censure par contre, au titre de l'impartialité, le fait pour la Commission bancaire de présenter des faits comme établis, avant toute décision, ce qui peut laisser penser à un préjugement³¹⁵⁰ ou la

de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », *Revue française de droit constitutionnel* 2/2011 (n° 86), pp. 265-280. Pour cet auteur, le droit au procès équitable est reconnu par le Conseil depuis 2003 (Conseil constitutionnel, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-484 DC ; Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure n° 2003-467 DC), mais il ne fera reconnu formellement, comme principe à valeur constitutionnelle, fondé sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, qu'en 2005 (Conseil constitutionnel, 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, n° 2004-510 DC, Rec., p. 41).

³¹⁴⁹ V. J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *préc.*

³¹⁵⁰ V. Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Rec. 433, concl. Lamy ; JCP 2001.II.10459, concl. Lamy ; AJ 2000.101, chr. Guyomar et Collin, et 1071, note Subra de Bieusses ; D. 2001.2665, note Louvaris ; RD publ. 2001.407, note Guettier : « La possibilité conférée à une juridiction ou à un organisme administratif qui, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par ces stipulations. Si l'acte par lequel un tribunal statuant en matière disciplinaire décide de se saisir de certains faits, doit — afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations — faire apparaître avec précision ces faits ainsi que, le cas échéant, la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer, la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, au regard de l'exigence d'impartialité, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu ». C'est aussi au nom d'une impression de préjugement que le Conseil d'État a pu censurer une décision de la Cour des comptes qui avait préalablement pris position sur une affaire dans son rapport public (Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, n° 195715) ; 7 juillet 2004, Legris, n° 225937, Recueil Lebon p. 312 (à propos de la Commission bancaire, ici le Conseil d'État affirme nettement que « les membres de la Commission bancaire ne doivent pas avoir à statuer dans des instances disciplinaires relatives à des faits sur lesquels ils se seraient prononcés dans le cadre d'autres fonctions ; qu'il en irait en particulier ainsi si un membre de la Commission bancaire statuait sur une sanction disciplinaire alors qu'il aurait déjà eu à prendre parti sur les faits soumis à la Commission au sein du Comité des établissements de crédit et des

nomination d'un rapporteur qui aurait eu des liens avec la personne mise en cause (en l'espèce il avait été auparavant administrateur de la société mise en cause³¹⁵¹). De même le juge administratif consacre, sur le fondement de l'impartialité, un devoir de récusation des membres d'un organe répressif qui auraient des liens avec la personne poursuivie³¹⁵².

1063. Le juge administratif suprême est en revanche insensible à de nombreux arguments, souvent, il est vrai, infondés. Concernant l'Autorité des marchés financiers, le Conseil d'État a jugé que le fait que cette autorité cumule un pouvoir de réglementation et de sanction n'est pas contraire au principe d'impartialité dès lors que la fonction répressive respecte les droits de la défense et le principe d'impartialité et, qu'au surplus, ces deux fonctions sont exercées par des instances différentes au sein de l'Autorité³¹⁵³. L'autosaisine d'une autorité administrative n'est pas davantage susceptible de constituer une violation du principe d'impartialité³¹⁵⁴.

1064. Concernant la pomme de discorde, le rôle du rapporteur, le Conseil d'État considère que la participation de celui-ci au délibéré ne pose pas, en soi, de problème³¹⁵⁵ ; sauf lorsque, en

entreprises d'investissement ») ; 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001 (« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le président de la première section de la commission des sanctions, formation qui a pris la décision attaquée, a antérieurement, en tant que président du conseil de discipline de la gestion financière, et en agissant à la demande de la Commission des opérations de bourse, notifié aux intéressés les griefs retenus à leur rencontre ; que, toutefois, il n'a à cette occasion ni présenté comme établis les faits dont il faisait état ni pris parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives ou réglementaires ; qu'ainsi il n'est résulté de sa participation à la délibération à l'issue de laquelle il a été décidé d'infliger une sanction, d'une part, à la Société GSD Gestion, d'autre part, à M. YX, aucune méconnaissance du principe d'impartialité »).

³¹⁵¹ V. Conseil d'État, 26 juillet 2007, Global equities et autres c. AMF, n° 293908 : M. Collet, « Autorités de régulation et procès équitable », AJDA 2007 p. 80 ; Bulletin Joly Bourse, 1 septembre 2007 n° 5, P. 645, concl. M. Guyomar ; V. CE, 30 mai 2007, Société Europe Finance et Industrie, n° 293408, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007 n° 3, p. 371, concl. M. Guyomar.

³¹⁵² V. Conseil d'État, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454 : RTD Com, 2007. 406, note N. Rontchevsky ; D. 2006. AJ 2792 ; D. 2007. Pan. 2418, spéc. 2425, obs. B. Le Bars et S. Thomasset-Pierre ; AJDA 2007. 80, note M. Collet ; RTDF 2007/1, p. 117, obs. N. Rontchevsky ; RD banc. fin. mars-avr. 2007, n° 86, p. 42, note D. Bompont ; Banque et Droit janv.-févr. 2007, n° 111, p. 32, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet ; LPA 28 nov. 2006, n° 237, p. 18, note J.-M. Glatt ; ibid. 20 déc. 2006, p. 4 ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 80, § 6, concl. M. Guyomar ; Dr. sociétés 2007. Comm. 55, note Th. Bonneau ; JCP E 2007. 1218, p. 15, obs. B. Dondero ; G. Dolidon, RLDA janv. 2007, n° 12, p. 31. J.-P. Relmy, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », RTD Com. 2010 p. 29.

³¹⁵³ V. Conseil d'État, 26 juillet 2007, M. Patrick A, n° 293908.

³¹⁵⁴ V. Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735. V. P. Subra de Bieusses, « Validité du pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2000 p. 1071 ; M. Guyomar, P. Collin, « Validité du pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme » ; AJDA 2000 p. 1001. Le Conseil d'État rejette aussi l'argument tiré du fait qu'un membre de la Commission des sanctions « connaisse successivement, en qualité de membre délibérant puis de rapporteur, d'affaires mettant en cause une même personne, mais portant sur des faits distincts » (Conseil d'État, 20 mai 2011, Société Euroland Finance, n° 316522).

³¹⁵⁵ V. concernant le Cour des comptes, Conseil d'État, 27 juillet 2005, M. Balkany, n° 261819, n° 267942 ; 24 février 2003, M. Perrin, SARL Deltana, n° 227945 ; Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697 ; 31 mars 2004, Société Etna Finance, n° 243579 (Conseil de discipline de la gestion financière) ; 3 décembre 2003, Pharmacie du soleil, n° 246315 (commission supérieure des soins gratuits) ; 6 février 2006, n° 262312, Mme Lasserre ; 21 octobre 2009, n° 312928 et 314791, Catalano (Conseil supérieur de la magistrature) ; 17 novembre 2004, M. Armand X., n° 261349 (Conseil des marchés financiers) ; 19 mars 2003, Monsieur Hannoun, n° 240718 : Droit des sociétés, 2003 pp. 29-30, note T. Bonneau ; Petites affiches, 23 avril 2003 n° 81, p. 5, concl. M. Guyomar (Conseil des marchés financiers).

raison de la nature de l'instance en question, le recours disponible contre la décision est un recours en cassation qui ne remplit pas les conditions du recours de pleine juridiction posé par l'article 6 § 1³¹⁵⁶. Il est néanmoins des décisions qui censurent la participation du rapporteur au délibéré lorsque celui-ci a procédé à des opérations d'investigation, dès la première instance, mais cette jurisprudence est, semble-t-il, limitée aux juridictions administratives³¹⁵⁷. De surcroît, le Conseil d'État prend soin de préciser que si la participation du rapporteur au délibéré ne pose pas de problème en soi, c'est à condition que celui-ci ne soit pas « à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a [it] pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine »³¹⁵⁸. Il résulte de cette décision Didier que, pour le Conseil d'État, le grief d'impartialité ne saurait prospérer que si, comme le résume Mattias Guyomar, trois conditions sont cumulativement remplies — lesquelles doivent être analysées à partir de la typologie des fonctions établies par le Conseil dans la décision Didier, à savoir les fonctions d'accusation, d'instruction et de jugement — : « les fonctions successivement exercées doivent l'avoir été à propos de la même affaire ; [...] l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire ; [...] la part prise par la personne mise en cause, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire »³¹⁵⁹. Aussi, lorsque ces trois fonctions sont clairement séparées, comme dans le cas de l'Autorité des marchés financiers, le grief d'impartialité ne saurait connaître de succès ; quand bien même le collège, chargé de l'accusation, ou même le rapporteur, chargé de l'instruction, seraient pour le premier amené à formuler des griefs et, pour le second, à proposer une extension des griefs concernant une société à propos de faits sur lesquels ces deux organes avaient précédemment pris parti, à l'encontre d'autres sociétés. Lorsque chaque organe statue de manière indépendante et n'influe pas sur la fonction de l'autre, le Conseil d'État considère que le reproche d'impartialité ne peut qu'être repoussé³¹⁶⁰. Son contrôle est ainsi très pragmatique et celui-ci ne souhaite pas affirmer de principes rigides lorsque

³¹⁵⁶ V. Conseil d'État, 18 mai 2005, M. Bessis, n° 263727 (« la participation du rapporteur au délibéré porte atteinte au principe d'impartialité de la juridiction et est intervenue en violation des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ») ; 4 septembre 2000, Mme Gomez, n° 215434 ; Concernant le rôle du rapporteur devant la Cour des comptes Conseil d'État, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, n° 222719 (« Si le principe général d'impartialité fait obstacle à ce que le rapporteur devant la Cour des comptes participe au jugement de comptes dont il aurait eu à connaître à l'occasion d'une vérification, il en va autrement dans le cas où le rapporteur de l'affaire devant la Cour des comptes, statuant en appel, n'a exercé aucun des pouvoirs d'investigation prévus aux articles R. 141-2 et R. 141-3 du code des juridictions financières »).

³¹⁵⁷ V. Conseil d'État, Ass., 6 avril 2001, n° 206764 et 206767, S.A. Entreprise Razel Frères (« Le rapporteur chargé de la vérification de gestion ne peut pas participer au délibéré de la chambre régionale des comptes statuant en matière de gestion de fait ») : RFDA 2001 p. 1299, concl. A. Seban.

³¹⁵⁸ V. Conseil d'État, décision Didier, préc.. V. M. Guyomar, P. Collin, « Diverses applications du principe d'impartialité » AJDA 2000 p. 126 ; F. Donnat, D. Casas, « Le refus du formalisme inutile par le Conseil d'État », AJDA 2002 p. 1443.

³¹⁵⁹ V. concl. M. Guyomar sous Conseil d'État, 28 déc. 2009, Refco Securities, n° 305621, Bulletin Joly Bourse, 1er mars 2010 n° 2, p. 138.

³¹⁶⁰ V. Conseil d'État, 28 décembre 2009, Société Refco Securities, n° 305621. Le juge considère ainsi que la circonstance qu'un rapporteur, qui, conformément à sa mission, a pu prendre parti sur la nature et la qualification des faits susceptibles d'être retenus à l'encontre d'une personne mise en cause soit désigné pour instruire des griefs notifiés à une ou plusieurs autres personnes sur le fondement des mêmes faits n'est pas par elle-même contraire au principe d'impartialité. Conseil d'État, 18 février 2011, Genet c. ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 316854, Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011, n° 6, p. 356, n° 176, note J. Lasserre Capdeville.

l'organisation administrative et la répartition des tâches ne donnent à aucun acteur du processus répressif le pouvoir d'influencer les autres³¹⁶¹.

1065. C'est pourquoi le juge administratif a été jusqu'à affirmer très clairement dans un arrêt relatif à la procédure devant la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance : « qu'aucun principe général du droit non plus que les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose que, une fois prise par la CCAMIP la décision d'ouvrir une procédure de sanction, les phases d'instruction et de prononcé de la sanction soient séparées ; que le président de la commission ne dispose ni d'attributions différentes de celles que la commission pourrait elle-même exercer ni du pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la commission ; qu'ainsi, la participation du président au délibéré de la commission n'est pas, par elle-même, de nature à porter atteinte à l'exigence d'impartialité rappelée au premier paragraphe de l'article 6 de la convention »³¹⁶². Il affirme encore l'absence d'un principe de « séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès » concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel³¹⁶³ et la Commission bancaire³¹⁶⁴ et ajoute même, pour cette dernière, que « la seule circonstance que la commission bancaire dispose à la fois du pouvoir d'engager une procédure disciplinaire et de celui de prononcer une sanction ne suffit pas à considérer qu'elle se prononcerait en méconnaissance du principe d'impartialité »³¹⁶⁵. Pour le Conseil d'État, la confusion des fonctions n'est pas en soi contraire au principe d'impartialité, cette circonstance seule ne peut permettre de manifester un manquement à cette exigence.

1066. Malgré ces affirmations très claires, le Conseil d'État a été amené à tirer les conséquences de l'arrêt Dubus de la Cour européenne des droits de l'homme qui censure la procédure applicable devant la Commission bancaire pour défaut d'impartialité en raison du cumul de fonctions, prenant de ce fait le contre-pied de la position du Conseil d'État. Dans cet arrêt Dubus S.A. c. France³¹⁶⁶, la Cour s'intéresse à l'impartialité objective de la Commission, et note à cet égard qu'« il ne ressort pas du CMF, ni d'un éventuel règlement intérieur, de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice

³¹⁶¹ V. aussi Conseil d'État, 2 nov. 2005, Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202, Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006 n° 1, p. 62, concl. M. Guyomar. Lorsque le rapporteur se limite à sa mission, qui est d'instruire une affaire et par conséquent de prendre parti sur la qualification des faits, mais qu'il ne participe pas à la prise de décision, le reproche de partialité ne saurait qu'être écarté.

³¹⁶² V. Conseil d'État, Sect., 17 novembre 2006, Société CNP Assurances, n° 276926.

³¹⁶³ V. Conseil d'État, 6 janvier 2006, société Lebanese Communication Group, n° 279596, Recueil Lebon p. 1.

³¹⁶⁴ V. Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735 : RFDA 2007 p. 1211, concl. M. Guyomar (« Rappelons tout d'abord qu'aucun principe général du droit, non plus que les stipulations de l'article 6 §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne fait obstacle à ce que la Commission bancaire se saisisse elle-même de faits de nature à constituer des manquements ni n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès »).

³¹⁶⁵ V. Conseil d'État, 3 décembre 2003, Banque SBA, n° 244084 (Inédit au Recueil Lebon) ; Conseil d'État, 16 janvier 2006, société Eurotrading Capital Market, n° 270083 (Inédit au Recueil Lebon) ; Conseil d'État, 12 janvier 2004, Banque de gestion privée Indosuez, n° 245750 (Inédit au Recueil Lebon).

³¹⁶⁶ V. C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04. V. Bulletin Joly Bourse, 1^{er} février 2011, n° 2, pp. 124 -128, note J.-G. de Tocqueville, G. Goffin ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1^{er} mai 2010, n° 3, p. 75, note J.-P. Kovar, J. Lasserre Capdeville ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1^{er} mai 2010, n° 3, pp. 90-92, note A.-M. Moulin ; JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 19 novembre 2009, n° 47, pp. 11-14, note P. Pallier ; Recueil Dalloz Sirey, 1^{er} octobre 2009, n° 33, pp. 2247 -2250, note A. Couret ; Bulletin Joly Bourse, 1^{er} septembre 2009, n° 5, pp. 388-395, note L. Ruet ; Droit administratif, 1^{er} août 2009, n° 8, pp. 20-24, note G. Houillon ; Banque et Droit, 1^{er} juillet 2009, n° 126, pp. 16-17, note T. Bonneau.

du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire ». Mais ceci n'est pas en soi contraire à la Convention, comme la Cour a pu le juger dans une affaire Didier : « si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, comme la Cour l'a jugé dans le cadre d'une procédure disciplinaire devant le Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire, où était en cause la participation du rapporteur au délibéré du jugement (Didier, précité), ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa part ». Toutefois, l'analyse précise de la procédure devant la Commission bancaire amène la Cour à conclure que « de cet enchaînement d'actes pris au cours de la procédure juridictionnelle, il résulte, de l'avis de la Cour, que la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée. En témoigne particulièrement la phase d'ouverture de la procédure disciplinaire et de la notification des griefs où la confusion des rôles conforte ladite impression (paragraphes 12 et 13 ci-dessus). La requérante a pu nourrir des doutes sur la prise de décision par la Commission bancaire dès lors que celle-ci décida de la mise en accusation, formula les griefs à son encontre et finalement la sanctionna. La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'État, qui n'a pas remis en cause la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité (paragraphe 27 ci-dessus), mais elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure »³¹⁶⁷.

1067. Le Conseil d'État va tirer toutes les conséquences de cette censure, allant à l'encontre des conclusions du rapporteur Pierre Collin qui avançait que la solution Dubus était une solution d'espèce³¹⁶⁸. Le Conseil d'État censure la confusion des fonctions au sein de la Commission bancaire : « ce pouvoir [se saisir de son propre mouvement] doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation disciplinaire tiennent les faits visés par la décision d'ouverture de la procédure ou la notification subséquente des griefs comme d'ores et déjà établis ou leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer comme d'ores et déjà reconnu, en méconnaissance du principe d'impartialité rappelé par l'article 6 précité ; qu'ainsi que l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt du 11 juin 2009 rendu dans l'affaire Dubus SA contre France, cet encadrement était insuffisant dans le cas de la Commission bancaire, au regard de l'étendue des pouvoirs dont elle disposait, couvrant à la fois le contrôle des établissements de crédit, la décision d'ouvrir une procédure disciplinaire et de définir les griefs reprochés, l'instruction de la procédure et le prononcé des sanctions disciplinaires ; qu'eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure était entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, était de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette juridiction ». Le juge administratif a fait sien ce raisonnement concernant ce même organisme, illustrant encore la position traditionnelle de ce juge vis-à-vis des décisions de Strasbourg, résumée par Daniel Labetoulle dans l'arrêt Debout du 27 octobre

³¹⁶⁷ V. C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, §60.

³¹⁶⁸ V. Conseil d'État, Sect., 8 novembre 2010, Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, n° 329384 et 330042 : Bulletin Joly Bourse, 1er février 2011 n° 2, note F. Crédot, T. Samin, concl. P. Collin ; Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2011, comm. 1, note F. J. Crédot, T. Samin ; Recueil Dalloz, 2011 p. 1643, note H. Synvet.

1978 : « dans la mesure du possible, deux préoccupations : d'une part, éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour ; d'autre part, éviter aussi toute solution qui, sur un point, marquerait une rupture avec le droit national »³¹⁶⁹.

1068. Il nous semble que deux raisons qui n'apparaissent pourtant pas dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, peuvent expliquer cette solution, par ailleurs parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ces deux raisons sont d'ailleurs liées. La première tient au caractère de juridiction administrative de la Commission bancaire, d'après la loi. Or, la Cour de Strasbourg est toujours plus sensible à faire respecter les principes du procès équitable aux juridictions³¹⁷⁰. La seconde s'explique par la nature du recours. Le recours contre la décision de cette juridiction est un recours en cassation devant le Conseil d'État. Or, on ne peut dire que le recours en cassation remplit les critères du recours de pleine juridiction, critère imposé par la Cour pour « racheter » les entorses au procès équitable de la première instance³¹⁷¹. D'ailleurs, on ne peut que constater que la réforme de la structure de la Commission bancaire, devenue l'Autorité de contrôle prudentiel a modifié ces deux points : l'autorité est désormais une autorité administrative indépendante et le recours formé contre ses décisions est un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État³¹⁷².

1069. Les décisions concernant la Commission bancaire et prenant acte de l'arrêt Dubus n'ont pas, à notre sens, de portée plus générale. La Cour de cassation choisit, elle, de « déborder » les exigences de la Convention, pour reprendre le mot de Frédéric Sudre³¹⁷³. Cette divergence, que l'on a déjà pu constater à propos du principe de personnalité des peines, ne contribue pas à améliorer la cohérence du système³¹⁷⁴.

b — La jurisprudence de la Cour de cassation et la consécration d'un principe de séparation

³¹⁶⁹ V. Recueil Lebon p. 403. V. aussi B. Genevois, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 12 juin 2007, n° 163, p. 13.

³¹⁷⁰ V. à cet égard les dév. de F. Sudre, *Convention européenne des droits de l'homme — Droit à un procès équitable*, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526, n° 78 suiv.. Dans le cas des juridictions, le juge européen « admet aussi qu'une juridiction supérieure puisse “effacer la violation initiale d'une clause de la Convention” dès lors qu'il s'agit d'un vice de nature procédurale (CEDH, 26 oct. 1984, De Cubber, § 33, préc. - CEDH, 16 déc. 1992, Edwards : A 247-B) ; par contre, un vice de nature organique affectant l'indépendance ou l'impartialité du tribunal de première instance ne saurait être corrigé devant une juridiction supérieure (CEDH, 26 oct. 1984, De Cubber, § 33, préc. — CEDH, 14 nov. 2000, Riepan c/ Autriche, §§ 40-41) » (Ibid., n° 79). En revanche, analyse Frédéric Sudre, en dehors des juridictions ordinaires, les organes administratifs ou disciplinaires n'ont pas à respecter les conditions de l'article 6 §1, à la seule condition que le justiciable puisse « disposer d'un recours devant un organe judiciaire indépendant, doté de la plénitude de juridiction ». Le Conseil d'État, et maintenant, le Conseil constitutionnel, sont toujours plus sévères à l'égard des imperfections affectant la procédure devant les juridictions surtout lorsqu'il s'agit d'un défaut d'indépendance (V. pour le Conseil d'État, les arrêts Trognon et Aïn Lhout du 6 décembre 2002, n° 240028 et 221319 et pour le Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité du 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B sur la composition de la commission départementale d'aide sociale).

³¹⁷¹ V. le comm. de M. Guyomar, « La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque & Droit*, n° 127, sept.-oct. 2009, pp. 3 suiv..

³¹⁷² V. Code monétaire et financier, article L612-1 ; article L612-16-IV (pour la nature du recours). V. le comm. J.-G. de Tocqueville, B. Delaunay, « Le pouvoir de sanction de l'ACP : le nouveau cadre procédural », *Bulletin Joly Bourse*, 1 février 2011 n° 2, p. 124.

³¹⁷³ V. F. Sudre, *Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable*, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526, n° 82.

³¹⁷⁴ V. la critique de P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *Petites affiches*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18.

1070. La portée de l'impartialité n'est pas la même, comme le rappelle Gweltaz Eveillard³¹⁷⁵, pour la Cour de cassation. La consécration du procès équitable s'accompagne, pour ce juge, de la consécration d'un nouveau principe de procédure administrative, celui de la séparation des fonctions.

1071. Dans l'arrêt *Commission des opérations de bourse c. Oury*, la Cour de cassation confirme la décision d'appel en jugeant que « l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision »³¹⁷⁶. Confirmant cette solution concernant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation casse cette fois l'arrêt d'appel au motif « qu'en statuant ainsi, alors que la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué ; qu'il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ; que la cour d'appel a ainsi violé le texte susvisé »³¹⁷⁷. Dans un arrêt du 7 mars 2000, la Cour d'appel de Paris sanctionne de nouveau la Commission des opérations de bourse pour défaut d'impartialité, défaut constitué en l'espèce par le fait que « le collège de la Commission a, successivement, dans les conditions ci-dessus mentionnées, décidé la mise en accusation de la société KPMG sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière »³¹⁷⁸. La procédure d'engagement devant l'autorité de concurrence, ne constituant pas une accusation en matière pénale au sens de l'article 6, n'a pas à respecter le principe de séparation³¹⁷⁹.

³¹⁷⁵ V. l'analyse du principe d'impartialité mené par G. Eveillard, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2010 p. 531. Cet auteur affirme précisément « Cette position est contraire à celle de la Cour de cassation ». V. aussi l'analyse de D. Custos, « Independent administrative authorities in France : structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization », in *Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth (ed.), Research Handbooks in Comparative Law Series, Edward Elgar Publishing, 2011, chap. 17 ; T. A. G. Beazley, « Holding the Balance-Effective Enforcement, Procedural Fairness and Human Rights », in *Regulating financial services and markets in the twenty first century*, E. Ferran, C. Albert, E. Goodhart (ed.), Hart Publishing, 2001, chap. 9.

³¹⁷⁶ V. Cour de cassation, ass. plén., 5 février 1999, *COB c. Oury et a.*, préc..

³¹⁷⁷ V. Cour de cassation, com., 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard SGE c. Min. économie*, préc..

³¹⁷⁸ V. Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, n° 1999/15862 : *Recueil Dalloz* 2000. p. 212, note M. Boizard ; *Revue des sociétés* 2000. p. 327, note S. Robineau ; *Revue de science criminelle* 2000. p. 629, note J. Riffault ; *Revue trimestrielle de droit commercial* 2000. p. 405, note N. Rontchevsky.

³¹⁷⁹ V. Cour de cassation, 4 novembre 2008, *société Canal 9*, n° 07-21.275. La Cour juge ainsi que l'évaluation menée par le rapporteur, afin de mettre à jour des préoccupations de concurrence ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 §1 ; aussi, « le fait pour le Conseil, d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire ». La C.J.U.E. a même jugé que le principe de proportionnalité n'était pas applicable à cette procédure (C.J.U.E., 29 juin 2010, aff. C-441/07 P, *Alrosa company Ltd*, concl. Av. Gén. Mme J. Kokott, 17 sept. 2009 ; P. Kipiani, « Les engagements, vers un droit "négocié" en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 12, Étude n° 13, p. 6 ; L. Idot, « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », *Europe* 2010, n° 10, comm. n° 322, p. 27 ; G. Muguet-Poullenec, E. Barbier de La Serre, « La procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises »).

1072. Mais la Cour de cassation évoque désormais, de manière autonome, les principes de « séparation des fonctions »³¹⁸⁰, ou « de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement »³¹⁸¹, ou encore « de la séparation des fonctions de poursuite et d’instruction »³¹⁸². Ces principes apparaissent aussi comme moyens à l’appui d’un recours que le juge judiciaire accepte d’examiner en tant que tel, et non plus sous le fondement de l’impartialité³¹⁸³. Comme en droit pénal, la séparation des fonctions doit être réalisée à chaque stade et l’accusation, l’instruction et le jugement doivent être nettement séparés. Il est d’ailleurs révélateur que la Cour de cassation et la Cour d’appel de Paris utilisent le terme jugement pour des décisions qui sont, en réalité, des décisions administratives.

1073. La Cour de cassation considère en revanche que l’absence d’audience publique ne fait pas grief aux intéressés dès lors qu’ils peuvent former un recours de pleine juridiction devant la Cour d’appel de Paris qui remplit les exigences du procès équitable³¹⁸⁴.

1074. La divergence entre le Conseil d’État et la Cour de cassation est dès lors nette. Là où le premier affirme qu’aucun principe général du droit non plus que les stipulations de l’article 6 § 1 n’imposent la séparation des fonctions ; la Cour de cassation, elle, érige cette séparation en principe et l’étend à des autorités administratives, alors que le Conseil constitutionnel cantonne, lui, cette jurisprudence à l’exercice des fonctions juridictionnelles³¹⁸⁵. Force est de

³¹⁸⁰ V. Cour de cassation, 21 juin 2011, société Colas Midi-Méditerranée, n° 09-67793 : « Mais attendu que la présence du rapporteur ayant instruit l’affaire traitée ainsi que du rapporteur général au délibéré de la décision du Conseil ne saurait entacher l’instruction, antérieure à ce délibéré, d’une méconnaissance du principe de la séparation des fonctions et porter atteinte aux droits de la défense ; que c’est donc à bon droit que l’arrêt retient que l’atteinte au principe d’impartialité du juge entachant le délibéré du Conseil et entraînant l’annulation de sa décision, n’a pas pour conséquence l’irrégularité de la procédure d’instruction qui l’a précédée ; que le moyen n’est pas fondé ». L’atteinte au principe de séparation des fonctions entache le délibéré (mais pas la régularité de la procédure d’instruction).

³¹⁸¹ V. Cour de cassation, ch. comm., 23 juin 2004, pourvois n° 01-17.896, Bulletin civil – B.O.C.C.R.F. n° 10 du jeudi 9 décembre 2004, page 828 ; 15 janvier 2008, n° 07-11.677 ; 23 juin 2004, n° 01-17.896, Bulletin civil – B.O.C.C.R.F., n° 10 du jeudi 9 décembre 2004, page 828 ; Cour d’appel de Paris, 1er ch., Sect. H, n° 2002/14535, 18 février 2003 (« étant au surplus observé que le principe de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement a été pleinement respecté »).

³¹⁸² La consécration de ce principe par la Cour de cassation, qu’elle déduit du principe d’impartialité, est toutefois plus limitée, puisque celle-ci juge que la décision du Conseil de la concurrence de s’autosaisir n’est pas un acte de poursuite, dès lors le rapporteur peut être présent à la séance pendant laquelle cette autorité décide de se saisir d’office. Mais la portée de ce jugement est limitée ici à l’autosaisine. V. Cour de cassation, 23 juin 2004, société BNP Paribas, n° 01-17.896, B.O.C.C.R.F., n° 10, jeudi 9 décembre 2004, p. 828.

³¹⁸³ V. Cour d’appel de Paris, 1er ch., sect. H, 15 novembre 2005, société Télévision par satellite “TPS”, B.O.C.C.R.F., n° 8, 26 septembre 2006, p. 852. V. aussi Cour de cassation, QPC, 13 mai 2011, société France Télécom et société Orange Caraïbe, n° V 10-25.772. Dans cette décision statuant sur une demande de question prioritaire de constitutionnalité, les sociétés posaient la question de la compatibilité avec la Constitution des dispositions de l’article « L. 461-4 du code de commerce en ce qu’il aurait pour effet d’instaurer au sein de l’Autorité de la concurrence une confusion des pouvoirs ». La Cour de cassation rejette la question, mais examine la question de la séparation des fonctions, non plus sous le fondement de l’impartialité, mais sur celui de la séparation des fonctions, montrant ainsi que le fondement de la question juridique a désormais changé : « attendu que cette disposition s’intégrant dans l’ensemble de celles régissant la procédure devant l’Autorité de la concurrence et ayant, notamment, pour objet et pour effet de parfaire la séparation des fonctions d’instruction et de décision au sein de l’Autorité de la concurrence, la question ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s’attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

³¹⁸⁴ V. Cass. com., 5 oct. 1999 ; SNC Campenon Bernard SGE c/ Min. économie, n° 1681.

³¹⁸⁵ V. Conseil constitutionnel, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC (J.O.R.F., 9 juillet 2011, p. 11979 (@ 103)). Dans cette décision, le fondement du principe d’impartialité est dérivé du principe de séparation des pouvoirs inscrit à l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Le Conseil précise « le principe d’impartialité est indissociable de l’exercice de fonctions juridictionnelles ». Cette jurisprudence est donc limitée

constater que la jurisprudence de la Cour de cassation aura plus d'influence sur les autorités sectorielles qui vont, à la suite de ces arrêts, modifier leur règlement intérieur pour clarifier le rôle du rapporteur. Toutefois, la constitutionnalisation récente du principe de séparation des fonctions concernant les juridictions administratives spécialisées poursuit l'évolution engagée par la Cour de cassation³¹⁸⁶.

c — La séparation des fonctions dans les faits

1075. Malgré cette divergence et la soumission des autorités sectorielles, dans l'exercice de leur pouvoir de sanction, au contrôle du Conseil d'État, la jurisprudence de la Cour de cassation a entraîné une modification de la procédure devant ces autorités pour exclure le rapporteur du délibéré. Jean-Philippe Thiellay note à cet égard que si « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a récemment modifié sa procédure de sanction, pour exclure le rapporteur du délibéré. Cette mesure, dont la nécessité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas évidente »³¹⁸⁷.

1076. La séparation des fonctions est devenue, dans les textes, un principe consacré. La procédure répressive des autorités sectorielles tente désormais d'isoler chaque phase. La première phase, par laquelle l'autorité se saisit — soit de son propre mouvement soit sur dénonciation — est en général entre les mains du collège de l'autorité en question³¹⁸⁸.

à ce domaine, mais elle n'en a pas moins pour effet, dans ce domaine, de condamner le cumul de fonctions d'instruction et de jugement dans le chef du juge pour enfants : « Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ; que, par suite, l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire est contraire à la Constitution » (§11).

³¹⁸⁶ V. les deux questions prioritaires de constitutionnalité : Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, M. Michel G. [Discipline des vétérinaires], n° 2011-199 QPC ; Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire], n° 2011-200 QPC : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, 12 Janvier 2012, 1034, comm. Y. Paclot ; Bulletin Joly Bourse, 1 février 2012, n° 2, p. 55, note J. Lasserre Capdeville. Le Conseil juge dans la seconde que : « Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution » (cons. 8).

³¹⁸⁷ V. J.-P. Thiellay, « L'évolution récente du régime des sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel », AJDA 2003 p. 475. Cet auteur estime que ce faisant le C.S.A. fit « usage d'un principe de précaution maximum ». V. aussi M. Guyomar, « Les sanctions administratives », Petites affiches, 12 janvier 2006, n° 9, p. 9. Ce dernier auteur déplore cette évolution. Cette séparation est intervenue en 2011 pour la C.N.I.L. : la Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (J.O.R.F., 30 mars 2011, texte n° 2) modifiant l'article 13 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés exclut de la formation restreinte de la C.N.I.L. (c'est-à-dire de la formation contentieuse) les membres du bureau (le président et les deux vice-présidents de la Commission. La même séparation a été opérée à la création de l'A.R.J.E.L. composée d'un collège et d'une commission des sanctions (Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, article 35, JORF n°0110, 13 mai 2010, p. 8881, texte n° 1).

³¹⁸⁸ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur , Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, articles 19-20 ; V. C.S.A., Règlement intérieur, Délibération du 12 février 2008 – JO du 22 mars 2008, article 20 ;

L'instruction est ensuite de la compétence du rapporteur³¹⁸⁹. La procédure se poursuit en général par une audition, à l'issue de laquelle l'organe délibérant prendra sa décision, les textes précisent bien hors la présence du rapporteur³¹⁹⁰.

1077. L'évolution la plus extrême fut la création du Comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE qui consacre, là, une séparation structurelle des fonctions contentieuses du reste de la Commission de régulation de l'énergie. Cette séparation a été introduite par un amendement en première lecture au Sénat et sera introduite dans la Loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie. Cet amendement, explique le rapporteur M. Ladislav Poniatowski, avait pour objet de mettre le fonctionnement de la Commission en accord avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³¹⁹¹. Les travaux parlementaires montrent que ce sont les préconisations du rapport Gélard³¹⁹² qui ont influencé le Parlement, et l'Autorité des marchés financiers qui a constitué le modèle³¹⁹³. Ce modèle a néanmoins été évoqué, mais rejeté pour l'Autorité de régulation des activités ferroviaires³¹⁹⁴.

³¹⁸⁹ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 23 ; V. C.S.A., Règlement intérieur, Délibération du 12 février 2008 – JO du 22 mars 2008, article 20 suiv..

³¹⁹⁰ V. C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3-VII (« Le délibéré a lieu à huis clos, après que les parties, le commissaire du Gouvernement, le rapporteur, les agents de la Commission de régulation de l'énergie et le public se sont retirés. Un agent des services désigné par le président du comité assure le secrétariat du délibéré pour les demandes de règlement de différend ».) V. C.S.A., Règlement intérieur, Délibération du 12 février 2008 – JO du 22 mars 2008, article 22 ; V. Code des transports, article L2135-8.

³¹⁹¹ V. M. Ladislav Poniatowski, Sénat, Séance du 10 octobre 2006 (compte rendu intégral des débats), J.O.R.F., Débat, Mercredi 11 octobre 2006, Année 2006. – No 79 S.

³¹⁹² V. les recommandations du rapport Gélard, préc., tome 1, pp. 54 suiv., spéc. p. 56.

³¹⁹³ V. M. Ladislav Poniatowski, Sénat, Compte-rendu intégral, Séance du jeudi 19 octobre 2006, J.O.R.F., vendredi 20 octobre 2006, Débats, Année 2006. – No 84 S.

³¹⁹⁴ Ce refus est justifié ainsi par le rapporteur Francis Grignon : « En marge de cet amendement de réécriture globale, votre rapporteur souhaite évoquer une des questions qui s'est posée avec acuité, à savoir l'opportunité ou non de rapprocher le système de règlement des conflits de l'ARAF de celui mis en place pour la CRE, qui confie le règlement des différends à une instance distincte du collège, le CoRDIS. À l'origine de cette création, il était souhaité éviter tout risque de non-conformité avec les principes d'indépendance et d'impartialité posés par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). C'est ce qui explique la mise en place de cette stricte séparation entre d'une part, le collège exerçant des fonctions de décision, de consultation et de précision de la réglementation et d'autre part, le CoRDIS susceptible d'être saisi de litiges pouvant porter directement ou indirectement sur ces actes du collège ou d'imposer des sanctions pour leur non-respect. Après avoir étudié cette question, votre rapporteur a estimé que tels risques de violation de la CEDH n'avaient rien de certain et que, de surcroît les pouvoirs de l'ARAF étaient plus encadrés que ceux de la CRE. En matière tarifaire la CRE a un pouvoir d'intervention plus large que celui de l'ARAF. De même en matière de pouvoir réglementaire supplétif, les actes de la CRE ne sont pas soumis à homologation du ministre contrairement à ce qui prévaut pour l'ARAF. Il a d'ailleurs constaté qu'aussi intéressant soit-il, le modèle de la CRE n'a pas été étendu à l'ensemble des autorités indépendantes françaises. Pour ces raisons, et en l'état actuel du droit, il n'est pas proposé d'ajouter un amendement créant, au sein de l'ARAF, une instance chargée du règlement des litiges. Quant à la fonction de l'ARAF consistant à imposer des sanctions, elle est entourée de telles garanties que l'institution d'une instance spécifique ne se justifie pas non plus pour elle » (F. Grignon, Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports, Sénat, Session 2008-2009, n° 184, pp. 96-97).

Cette citation montre bien l'ambiguïté du législateur français quant au pouvoir de sanction des autorités sectorielles. La volonté de séparer les fonctions est présente, elle est même récurrente, sans qu'à aucun moment le rapporteur ne dise clairement que juridiquement, rien n'impose cette séparation, d'autant que le recours contre les sanctions de l'A.R.A.F. sera du ressort du Conseil d'État.

La conception judiciaire a donc semblé l'emporter dans le droit, tant les règlements des autorités sectorielles ont suivi la jurisprudence de cette Cour.

3 — *Les autres exigences du procès équitable*

1078. Les textes accordent des garanties supplémentaires aux personnes poursuivies : l'audience est en principe publique sauf demande des parties³¹⁹⁵, la décision finale est en général notifiée³¹⁹⁶, et parfois publiée³¹⁹⁷. La publication est limitée par la protection que la loi accorde au secret des affaires³¹⁹⁸. De surcroît, les textes prévoient aussi le droit à l'assistance d'une personne de son choix qui n'a pas à être un avocat³¹⁹⁹, les textes peuvent évoquer un mandataire³²⁰⁰.

1079. Mais, pour le juge administratif, le droit à un procès équitable que protège la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'emporte pas, devant l'autorité administrative, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat, car ce droit relève des modalités particulières propres à l'exercice de procédures juridictionnelles³²⁰¹. De même, le droit à un procès équitable n'implique pas que la personne poursuivie soit entendue avant qu'une sanction ne lui soit infligée³²⁰². Il offre en revanche un droit à ne pas s'auto-incriminer³²⁰³.

1080. Enfin, les textes prévoient bien la motivation de la décision³²⁰⁴, qui est d'ailleurs une exigence constitutionnelle en la matière³²⁰⁵. Le Conseil d'État précise à cette occasion que

³¹⁹⁵ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 24 ; V. V. C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3-II. Le règlement intérieur du C.S.A. et le Code des transports pour l'A.R.A.F. ne précisent pas si l'audience est publique ou non : V. Délibération du 12 février 2008, JO du 22 mars 2008, article 22 ; Code des transports, article L2135-8.

³¹⁹⁶ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 26 ; Code des transports, article L2135-8. V. Communications Act 2003, article 96(6)(a).

³¹⁹⁷ V. article 40-7° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; V. articles L. 5-3, L. 36-11-5 du CPCE ; V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-6 (notification et publication au J.O.R.F.) ; V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32 ; V. code des transports, article L2135-8.

³¹⁹⁸ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-6 ; Code des transports, article L2135-8.

³¹⁹⁹ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-7 ; V. Code des transports, article L2135-8.

³²⁰⁰ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 24 ; article 40-4° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (« assisté de la personne de son choix »).

³²⁰¹ V. Conseil d'État, 27 oct. 2006, M. Parent, n° 276069.

³²⁰² V. Conseil d'État, 23 avril 2009, Compagnie Blue Line, n° 314918, Recueil Lebon tables p. 744.

³²⁰³ L'Autorité de la concurrence a ainsi reconnu ce droit qui interdit aux services d'instruction de contraindre une entreprise à admettre l'existence d'une infraction dont il leur incombe de rapporter la preuve. V. Autorité de la concurrence, 16 novembre 2010, n° 10-D-32. La Cour européenne ainsi que la C.J.C.E. ont reconnu que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est au cœur de la notion de procès équitable (C.E.D.H., 8 février 1996, Murray c. Royaume-Uni (n° 18731/91) et CEDH, 25 févr. 1993, Funke c. France (n° 10828/84) ; C.J.C.E., 18 octobre 1989, aff. C-374/87, Orkem c. Commission : Rec. CJCE 1989, I, p. 3343, pt 34 et 35 ; C.J.C.E., 25 janvier 2007, aff. C-407/04, Dalmine SpA : Rec. CJCE 2007, I, p. 829, pt 34). V. I. Luc, M. Claudel-Picard, « Chronique annuelle 2010 de droit interne de la concurrence », Revue juridique de l'économie publique n° 687, Juin 2011, chron. 3, n° 19.

³²⁰⁴ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-6 ; articles L. 5-3 et L. 36-11-5° du C.P.C.E. ; Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au

l'exigence de motivation qui s'attache aux décisions de sanctions comprend une obligation positive d'énoncer les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ; elle n'impose pas néanmoins que l'autorité réponde à l'intégralité des arguments invoqués par les requérants³²⁰⁶ et elle ne requiert pas davantage la motivation spécifique d'éventuelles sanctions complémentaires, comme la publication³²⁰⁷. La motivation requiert donc que le destinataire de la décision puisse en comprendre les motifs tant de fait que de droit.

Conclusion du § 1

La fonction répressive des autorités sectorielles a donc connu, sous l'influence de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et, de manière plus marginale, mais importante, du Conseil d'État, une nette évolution dans le sens d'une part d'un alignement des principes substantiels sur ceux applicables au droit pénal et, d'autre part, d'une évolution des principes procéduraux vers ceux du droit pénal procédural.

1081. Dès lors, la soumission des autorités administratives indépendantes au contrôle de la Cour de cassation ne peut être interprétée comme un simple changement de juge administratif, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation endossant les habits du Conseil d'État à l'occasion de ces recours. Il s'est accompagné d'un changement des principes de la procédure administrative classique qui s'est étendu à d'autres domaines. L'autorité de la Cour de cassation a entraîné le changement de la procédure des autorités sectorielles qui, pourtant, dans leur activité répressive, ne sont pas soumises à son contrôle. Le législateur a ensuite consacré ces solutions.

1082. Est-ce à dire que la fonction contentieuse des autorités sectorielles n'a pas connu d'évolution vers la reconnaissance de certains principes managériaux ? On peut noter en effet, mais les autorités sectorielles françaises restent malgré tout légèrement à l'écart de cette tendance, une volonté d'assurer la transparence de la répression. Les autorités de la concurrence et des marchés financiers se distinguaient en ce qu'aucune autorité n'établissait au préalable clairement de méthodologie de la sanction. À cet égard, une certaine

développement du service public de l'électricité, article 40-7° ; V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32. Au Royaume-Uni : V. Communications Act 2003, article 96(6)(a).

³²⁰⁵ V. Conseil constitutionnel, décision n° 2000-433 DC, préc., cons. 56 : « Par ailleurs, toute décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel infligeant une sanction doit être motivée (...). Par suite, aucun principe de valeur constitutionnelle ne se trouve privé de garanties légales par l'effet des dispositions en cause. V. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 (J.O.R.F., 10 juillet 2004, p. 12506, Rec. p. 107) : « Les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions dès lors qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition » (cons. 14).

³²⁰⁶ V. Conseil d'État, 11 février 2011, Société Générale, n° 316508, R.F.D.A., 2011, p. 438-439 ; Banque & Droit, 2011, n° 136, mars-avril, chronique, droit financier et boursier, actualités jurisprudentielles, pp. 40-41 ; Bulletin Joly Bourse, 1er juin 2011 n° 6, p. 368, n° 179, note I. Riassetto.

³²⁰⁷ V. Conseil d'État, 20 mai 2011, Société Euroland Finance, n° 316522 : « Considérant, en second lieu, que si la décision par laquelle la commission des sanctions rend publique la sanction prononcée a le caractère d'une sanction complémentaire, elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation spécifique, distincte de la motivation d'ensemble de la sanction principale ».

transparence s'étend avec la publication, par ces instances, de leurs méthodes de calcul des amendes. Cette évolution louable améliore la prévisibilité de la répression³²⁰⁸.

1083. Concernant désormais le pouvoir de règlement des différends, presque intégralement sous le contrôle de la Cour de cassation, à l'exception du Conseil supérieur de l'audiovisuel, celui-ci pourrait risquer de se voir soumis aux principes du droit civil. C'est le risque qu'il faut examiner à présent.

§ 2 — La juridictionnalisation du règlement des différends

1084. La juridictionnalisation de la procédure de règlement des différends peut être démontrée de deux manières : d'une part, l'hypothèse d'une extension du champ d'application du Code de procédure civile aux autorités de règlement des différends ne peut être écartée complètement ; d'autre part, les autorités sectorielles ont appliqué spontanément les stipulations de l'article 6 § 1, dans son volet civil, à la procédure de résolution des litiges, ce qui a eu des conséquences concrètes importantes sur sa procédure.

1085. L'extension du champ d'application du code de procédure civile tant à la procédure de recours contre les décisions des autorités administratives indépendantes devant la Cour d'appel de Paris, qu'à la procédure même devant l'Autorité de la concurrence dans la mesure où les dispositions spéciales ne seraient pas expressément contraires à ce code, a déjà été évoquée. La Cour de cassation a ainsi jugé « que les dispositions du code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence »³²⁰⁹. Mais ici, la Cour de cassation n'évoque que le stade du recours et il peut sembler légitime que, dans le silence des dispositions spéciales, la juridiction judiciaire déclare le code de procédure civile applicable, même si matériellement, cette solution peut sembler critiquable, tant la nature même de la mission de l'autorité de concurrence semble définitivement pénale. En 2011, la Cour de cassation déclare désormais le code de procédure civile applicable à la procédure devant l'Autorité de la concurrence, en jugeant que « sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence »³²¹⁰.

1086. Concernant les autorités sectorielles, la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'à juger que sauf dispositions expresses contraires des lois pertinentes, le code de procédure civile s'applique à leur pouvoir de règlement des différends. La Cour a été amenée à juger que ce code s'appliquait, dans le silence des textes, au stade du recours devant la Cour d'appel de Paris. Mais, il n'est pas interdit de penser qu'elle pourrait, le cas échéant, adopter la même solution que pour l'Autorité de la concurrence.

³²⁰⁸ V. E. Claudel, « Projet de communiqué sur la méthode de détermination de la sanction pécuniaire : un texte utile, mais perfectible », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2011, pp. 74 suiv. ; Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

³²⁰⁹ V. Cour de cassation, ch. comm., 3 mars 2009, n° 08-14.435, *Bull. civil – B.O.C.C.R.F.*, n° 8 du 3 août 2009, Société française de radiotéléphone (SFR) c. ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi.

³²¹⁰ V. Cour de cassation, Ass. Plen., 7 janvier 2011, n° 09-14316 et 09-14667, Société Philips France et Société Sony France. V. É. Vergès, *Lexbase Hebdo, Édition Privée Générale*, 20/01/2011, n° 424 ; E. Chevrier, *Recueil Dalloz*, 20/01/2011, n° 3, p. 157 ; M. Malaurie-Vignal, *Semaine Juridique (édition générale)*, 17/01/2011, n° 3, p. 90 ; Petites affiches, 12 mai 2011 n° 94, note M. Eeckhoudt.

Le second élément de juridictionnalisation de ce contentieux, qui rapproche davantage encore l'autorité d'une juridiction est l'application du « corset de fer »³²¹¹ que constitue le volet civil de l'article 6 § 1 aux procédures de règlement des différends. Cette application s'est faite, d'après Thierry Tuot, spontanément, mais la Cour d'appel de Paris, sans affirmer explicitement qu'elle applique cet article, accepte le moyen et l'examine³²¹².

L'encadrement de ce pouvoir est donc en grande partie de nature procédurale (I), mais la jurisprudence est aussi venue préciser sa portée (II), ainsi que certaines de ses modalités (III).

I — La procédure de règlement des différends

Après avoir analysé la nature de cette procédure (A), il faudra étudier les garanties offertes aux parties (B).

A — La nature de la procédure : accusatoire ou inquisitoire ? L'appréhension d'une procédure administrative de règlement des différends par le juge judiciaire

1087. La question du caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure de règlement des différends amène à se demander quels sont les pouvoirs de l'autorité administrative chargée de ce différend. Si l'on s'en tient à la définition classique, de procédure civile, du terme accusatoire, il est certain que le règlement des différends n'est accusatoire que dans un sens restreint. Ce terme exprime en effet « l'idée non pas que notre procédure civile serait entièrement de type accusatoire au sens historique de l'expression, mais que l'initiative, le déroulement et l'extinction de l'instance appartiennent d'abord aux parties, sous la réserve importante de l'office du juge »³²¹³.

1088. La notion d'accusatoire exprime donc l'idée que les parties sont maîtresses du procès, de son déclenchement et éventuellement de son extinction. Surtout, quant à l'office du juge, celui-ci est présenté comme « un simple arbitre enfermé dans le cadre processuel, tel que l'ont tracé les plaideurs, ne pouvant ni citer un témoin non désigné par les parties, ni réclamer une pièce cachée par elles. On parle ainsi à ce propos de la neutralité du juge, de sa passivité »³²¹⁴.

1089. Le règlement des différends présente donc un caractère accusatoire dans le sens où l'initiative de l'instance relève des parties, lesquelles peuvent aussi se désister, et donc l'instance prendre fin³²¹⁵ — ce qui ne préjuge en rien de la volonté de l'autorité d'utiliser son pouvoir d'injonction si elle constate que les contrats en cause ne respectent pas les obligations légales ; mais l'on sort à ce moment de la procédure de règlement des différends.

1090. Mais, une fois l'instance engagée et les parties déterminées à la mener jusqu'au bout, l'autorité administrative n'est en rien un arbitre ou un juge. Elle doit régler le différend en

³²¹¹ V. T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends », préc., p. 5 ; « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », RFDA 2003 p. 312.

³²¹² V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 8 mars 2005, S.A. Électricité de France (E.D.F.) c. Société Pouchon Cogen, n°RG 04/12606.

³²¹³ V. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, Procédure civile Dalloz, Coll. Précis, 30^e éd., 2010, p. 404, n° 343.

³²¹⁴ V. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, Procédure civile Dalloz, Coll. Précis, 30^e éd., 2010, n° 349, p. 416.

³²¹⁵ On compte ainsi pour l'ARCEP, dix-huit décisions prenant acte du désistement de la société requérante. L'autorité se borne à en prendre acte. C'est une autre expression de la primauté de la liberté contractuelle.

fonction des objectifs légaux dont elle a la charge. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris affirme « qu'il ne saurait être fait grief à l'Autorité [...], d'avoir statué *ultra petita* dès lors que, tenue de trancher le différend dont elle est saisie en précisant les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés, elle dispose de toute latitude pour arrêter ces conditions, même si celles qu'elle retient ne correspondent pas à celles qui ont été initialement demandées par la partie saisissante, sous la seule réserve qu'elles soient équitables et propres à mettre un terme au différend dont il s'agit et qu'elles aient été soumises au débat contradictoire ». Elle n'est donc pas tenue, au même titre qu'un juge, par les demandes des parties.

1091. Elle n'est pas non plus tenue de répondre à l'ensemble des moyens soulevés par les parties. La Cour d'appel de Paris était ainsi saisie d'une demande d'annulation d'une décision de la Commission de régulation de l'énergie, au motif que celle-ci n'aurait pas répondu « au moyen tiré du manque de transparence d'EDF dans le traitement de leur demande de raccordement ». Effectivement la Cour constate que la Commission s'est abstenue d'y répondre. Dans la procédure civile ordinaire, le juge est en effet tenu légalement de répondre à l'ensemble des moyens du demandeur³²¹⁶. Mais la Cour d'appel de Paris affirme ici l'autonomie de la procédure de règlement des différends en jugeant que la décision en question « contient l'énoncé des considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement et qui permettent à la cour d'appel de Paris d'en contrôler la légalité ; que ladite décision ne saurait, dès lors, être annulée pour inobservation de l'obligation de motivation à laquelle est tenue la Commission de régulation de l'énergie, étant au demeurant observé que cette autorité administrative, qui n'est pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, n'encourt pas le grief de défaut de réponse aux moyens invoqués par les requérantes »³²¹⁷.

1092. Le Cour d'appel de Paris manifeste ici clairement la nature de la procédure. Il ne s'agit pas d'un appel dans le cadre d'une procédure de type civil, il s'agit de contrôler une décision administrative et sa motivation. La Commission, dans sa fonction de règlement des différends, reste bien une autorité administrative, qui doit rendre sa décision dans le respect des missions que le législateur lui a confié.

1093. Elle dispose de surcroît de pouvoirs d'instruction qui rapprochent fortement cette procédure d'une procédure inquisitoire. Le caractère inquisitoire dans la procédure civile tient aux pouvoirs du juge qui dispose désormais de compétences accrues d'instruction et de contrainte. Or, les autorités disposent des pouvoirs d'enquête nécessaires pour mener à bien leur mission. Elles peuvent ainsi, dans le respect du contradictoire, demander aux parties de fournir des explications, faire procéder à des constatations sur place et recourir à des consultations externes et à des expertises³²¹⁸. Ces constatations donnent lieu à l'établissement d'un procès-verbal.

³²¹⁶ V. F. Eudier, Jugement, Répertoire de procédure civile, n° 247.

³²¹⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., sect. H., 11 mai 2004, S.A.R.L. Société du Parc Éolien de Montjoyer c. Électricité de France, n° RG 2003/20473.

³²¹⁸ V. article L. 38-I, §2 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; Concernant l'A.R.C.E.P., son règlement intérieur lui permet de diligenter des enquêtes ; V. C.S.A., Délibération du 12 février 2008, article 29. V. L'article L. 36-8 du CPCE : « L'autorité se prononce, dans un délai fixé par décret en Conseil d'État, après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations et, le cas échéant, procédé à des consultations techniques, économiques ou juridiques, ou expertises ».

1094. À côté de ces pouvoirs, les autorités sectorielles ont des pouvoirs et des devoirs de consultations. Pour respecter l'exigence du contradictoire, ces consultations sont communiquées à l'ensemble des parties pour leur permettre de répondre en présentant, le cas échéant, leurs observations sur les pièces produites³²¹⁹. Ces consultations concernent essentiellement les autorités administratives : soit l'autorité de concurrence³²²⁰, soit une autre autorité sectorielle³²²¹, soit enfin les autorités étrangères en cas de contentieux transnational³²²². Concernant enfin les tiers, peu de textes prévoient en France cette possibilité de consultation, qui est laissée bien souvent à la discrétion des autorités sectorielles³²²³.

1095. La procédure de règlement des différends est donc accusatoire dans la mesure où les parties ont la maîtrise de son déclenchement et, éventuellement, de son terme, mais elle est fortement inquisitoire aussi, car l'objectif de ce mécanisme n'est pas seulement de résoudre des litiges, il est aussi d'accomplir la volonté du législateur dans ces domaines.

1096. Il faut donc dissiper le malentendu qui entoure cette procédure et, à cet égard, les juges anglais et français sont sur la même ligne. Lorsque le législateur confie une fonction, fut-elle de règlement des différends, à une autorité administrative, celle-ci ne peut agir comme une simple arbitre ou un juge civil. Son office n'est pas seulement d'apaiser un conflit, c'est d'administrer³²²⁴. Effectivement, « réguler n'est pas juger »³²²⁵, c'est bien administrer, mais le juge judiciaire ne tire pas toutes les conséquences de cette proposition.

Cette spécificité n'empêche pas la fonction de règlement des différends d'être encadrée de garanties procédurales.

B — Les garanties procédurales

Les garanties procédurales dont bénéficient les parties tiennent d'abord à la mise en place, suivant en cela la vague de fond que la jurisprudence de la Cour de cassation a entraînée,

³²¹⁹ V. C.S.A., Délibération du 12 février 2008, article 28.

³²²⁰ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), article 17-1 ; V. code de la propriété intellectuelle, article R331-67-II.

³²²¹ Les textes peuvent imposer la consultation réciproque des autorités de l'audiovisuel et des communications électroniques en raison des phénomènes de convergence. V. l'article L.36-8 du CPCE : « Lorsque les faits à l'origine du litige sont susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de communication audiovisuelle, l'autorité recueille l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel » ; Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), article 17-1

³²²² Par besoin de coordination si un différend met en présence deux entreprises dont l'une est établie dans un pays étranger, l'autorité sectorielle doit consulter son homologue étrangère pour coordonner son action. V. l'article L. 36-8-V du CPCE : « V.- Lorsqu'une des parties est établie dans un autre État membre de la Communauté européenne et que le différend est également porté devant les autorités compétentes d'autres États membres, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes coordonne son action avec celle de ces autorités. Les règles de procédure définies aux I et II sont applicables, à l'exception de celles qui sont relatives aux délais ».

³²²³ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), article 17-1 (« Dans le respect des secrets protégés par la loi, il peut également inviter les tiers intéressés à présenter des observations utiles au règlement du différend »).

³²²⁴ V. Q. Epron, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *Revue française de droit administratif*, n°5, 2011, p. 1007-1018. L'auteur affirme que le pouvoir des autorités de régulation, même s'il emprunte aux différents pouvoirs de l'État mais il ajoute que « leur pouvoir est, fondamentalement, un pouvoir d'ordre administratif ».

³²²⁵ V. P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA* 2004 p. 1060

d'une séparation des fonctions (1). Ensuite, la procédure respecte scrupuleusement le principe du contradictoire (2), la publicité de la procédure (3), ainsi que d'autres garanties supplémentaires (4).

1 — La séparation des fonctions

1097. La procédure devant les autorités de régulation tente de ménager une séparation des fonctions à l'intérieur du processus de règlement des différends. La première étape consiste en la nomination d'un rapporteur et éventuellement d'un rapporteur adjoint³²²⁶, lesquels sont chargés de l'instruction³²²⁷. Mais les délibérations des organes décisionnaires se font en l'absence du rapporteur, il s'agit d'une évolution par laquelle le rapporteur a été progressivement exclu des délibérations³²²⁸, suivant en cela l'évolution des pouvoirs répressifs des autorités administratives indépendantes. C'est ce que confirme Thierry Tuot : « Sans qu'aucun texte ne le lui impose, la Commission de régulation de l'énergie a mis ses pas dans ceux de l'Autorité de régulation des télécommunications, et a adopté une procédure conforme aux canons jurisprudentiels dégagés par l'ordre judiciaire pour mettre en œuvre l'interprétation française de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme : rapporteur non membre de la commission, retrait des services avant le délibéré, organisation poussée du contradictoire »³²²⁹.

La garantie majeure dans une instance qui oppose deux parties, à la manière d'un procès civil, est celle du contradictoire, qui permet d'assurer une égalité des armes lors de la procédure.

2 — Le contradictoire

1098. Le caractère contradictoire de la procédure n'est pas imposé d'emblée et *expressis verbis* par les textes. Cependant, ceux-ci en consacrent la substance. Ainsi, les textes souvent requièrent que « L'autorité se prononce [...], après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations »³²³⁰. Les textes d'application précisent que l'A.R.C.E.P. « donne à chacune des parties connaissance des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe s'il y a lieu le délai dans lequel il devra y être répondu. Elle peut entendre les parties »³²³¹. Il en est de même pour les procédures dans le domaine de l'énergie³²³² ou de la

³²²⁶ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 11 ; C.S.A., Délibération du 12 février 2008, article 26 ; Décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, article 4.

³²²⁷ La désignation du rapporteur par le Collège de l'A.R.C.E.P. ou le président du CoRDIS est la première phase de l'instruction. L'instruction est aussi du ressort d'un rapporteur devant la H.A.D.O.P.I..

³²²⁸ ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 16 ; C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3-VII ; C.S.A., Délibération du 12 février 2008, article 30 ; V. Code de la propriété intellectuelle, article R331-67-I. Seule la procédure devant le Médiateur du cinéma, très peu formalisée, ne mentionne pas cet élément.

³²²⁹ V. T. Tuot, « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », préc.. Pour l'ARCEP la première décision qui exclut le rapporteur du délibéré, en application du nouveau règlement intérieur date du 9 septembre 1999 (décision n° 99-716, Spacotel c. France Télécom).

³²³⁰ V. l'article L. 36-8 du CPCE ; V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), article 17-1

³²³¹ V. article R. 11-1 du CPCE.

propriété intellectuelle³²³³. Il en est de même encore pendant l'audience du Comité de règlement des différends de la Commission de régulation de l'énergie³²³⁴. Enfin, le règlement intérieur du Médiateur du cinéma mentionne le caractère contradictoire de la procédure, à partir du moment où celle-ci dépasse la demande de médiation et s'oriente vers le prononcé d'une injonction³²³⁵.

1099. Cette règle impose que toutes les parties puissent répondre, donner leurs observations sur tous les éléments versés à la procédure. Les règlements des autorités tentent de garantir cette exigence, dès le stade de l'instruction³²³⁶.

1100. La Cour d'appel de Paris a précisé dans l'arrêt Sinerg que l'exigence du contradictoire s'impose aussi à l'autorité elle-même : « Considérant qu'en faisant valoir que « le motif relevé de l'article 8 du cahier des charges n'est pas le seul à avoir conduit la Commission à retenir la décision attaquée », Sinerg admet implicitement, mais nécessairement que les parties n'avaient pas été invitées à faire valoir leurs observations sur ce moyen de droit relevé d'office par la décision dont il est le soutien nécessaire ; qu'il est établi que le principe de la contradiction n'a pas été respecté et que cette seule violation affecte la validité de la décision, laquelle doit être annulée, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le bien-fondé des autres causes de nullité alléguées »³²³⁷. Thierry Tuot explique que la décision de la C.R.E. reposait « en effet sur un moyen soulevé d'office, tiré des stipulations du contrat de concession applicable à la fraction du réseau de distribution d'EDF en cause en l'espèce, moyen qu'EDF n'avait pu être à même de discuter »³²³⁸.

1101. Cette solution assimile véritablement l'autorité sectorielle à une partie, dont les arguments doivent pouvoir être présentés et discutés. Cette position tranche, semble-t-il, avec la position anglaise. Le Competition Appeal Tribunal a bien affirmé que le pouvoir de règlement des différends est un pouvoir de réglementation. L'autorité sectorielle agit dès lors, dans l'exercice de ce pouvoir, comme une autorité administrative dont la tâche principale est de prendre une décision en respectant avant tout ses objectifs légaux ; elle n'est donc pas liée par les prétentions des parties³²³⁹.

³²³² V. article L. 38-I, §2 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (mis les parties à même de présenter leurs observations).

³²³³ V. Code de la propriété intellectuelle, article R. 331-67-I (« À défaut d'accord des parties et de la Haute Autorité constaté dans les conditions fixées par l'article R. 331-66, le rapport du rapporteur est notifié aux parties, qui disposent d'un délai de quinze jours pour prendre connaissance et copie du dossier auprès des services de la Haute Autorité et pour transmettre à celle-ci leurs observations écrites »).

³²³⁴ C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3.

³²³⁵ V. Site du Médiateur du cinéma (La Médiation, Procédure, article 4).

³²³⁶ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 11. Par ex. toutes les « observations et pièces » adressées à l'Autorité doivent être aussi communiquées à toutes les parties ; V. Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 8 (« Le rapporteur instruit l'affaire en toute indépendance dans le respect du principe du contradictoire. Il peut procéder à toute mesure d'instruction »). V. C.S.A., Délibération du 12 février 2008, article 26.

³²³⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 24 février 2004, Électricité de France (E.D.F.) c. Société Sinerg.

³²³⁸ V. T. Tuot, « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », préc., p. 5.

³²³⁹ V. Competition Appeal Tribunal, T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc [2008] CAT 12 (20 May 2008), spéc. §181 : « OFCOM carries out its dispute resolution function as a regulator and not as a third party arbitrator. The Tribunal did not mean by this that nothing in OFCOM's role in dispute resolution should be regarded as akin to the role of a commercial arbitrator, simply that that was not OFCOM's only role. The fact that, as we have held, part of OFCOM's role is to determine a rate which is fair and reasonable as between the

Avec l'exigence du contradictoire, les textes organisent aussi celle de la publicité.

3 — *La publicité*

L'exigence de publicité peut être analysée sous trois angles : elle concerne à la fois la procédure, l'audience et la décision.

1102. La publicité de la procédure met en évidence une nette différence entre la France et le Royaume-Uni, en tout cas si l'on compare les autorités des communications électroniques, dont les procédures sont les plus ouvertes et transparentes dans chaque pays. Pour le tiers, l'existence d'une procédure en cours est impossible à connaître en France, dans l'ensemble des domaines, ce qui confirme encore davantage l'idée que les autorités sectorielles ont de leur office une conception juridictionnelle.

1103. La conception de la publicité est aussi différente. Les textes français vont prévoir la publicité physique de l'audience, mais ne vont pas mettre réellement à la disposition du public, par voie électronique, les éléments du différend. Les autorités sectorielles françaises n'utilisent les moyens électroniques de communication que pour publier leurs décisions, une fois celles-ci prises.

1104. En revanche, les textes prévoient une audience publique, en principe, sauf demande conjointe des parties³²⁴⁰. En pratique, les parties demandent souvent que l'audience soit privée.

1105. Enfin, les décisions de règlement des différends sont au minimum notifiées, la publicité n'est pas toujours prévue par la réglementation³²⁴¹. En pratique les décisions sont souvent publiées de manière électronique.

4 — *Les garanties supplémentaires*

1106. Les textes reconnaissent d'abord un droit à l'assistance³²⁴². Ils sont souvent muets sur la nature de cette assistance, s'il s'agit d'un avocat ou non. En pratique, les avocats sont souvent présents.

Ensuite, la motivation de la décision est requise. Elle peut être parfois implicite³²⁴³ dans la loi, qui se contente de préciser les éléments que doit comprendre la décision ; elle peut être aussi explicite³²⁴⁴.

parties does not mean that OFCOM is transformed into a commercial arbitrator; this factor is combined with a requirement that it determine a rate which also accords with its regulatory objectives. ». V. *The Queen On the application of London and Continental Stations and Property Limited v The Rail Regulator* [2003] EWHC 2607 (Admin), spéc. § 27.

³²⁴⁰ V. ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 15 ; V. C.R.E., Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, article 3-II (si la demande n'émane pas de toutes les parties, le Comité statue sur l'opportunité de « privatiser » la séance).

³²⁴¹ V. article L. 38-I, §2 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (notification, mais pas de publicité) ;

³²⁴² ARCEP, Décision portant modification du règlement intérieur, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010, article 15 ; Règlement intérieur du CSA, Délibération du 12 février 2008, article 30 ; Décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la Commission de régulation de l'électricité, article 5.

Enfin, la réglementation reconnaît la nécessité de protéger le secret des affaires devant l'instance de règlement des différends³²⁴⁵. Il s'agit le plus souvent d'une garantie législative, mais il s'agit aussi d'un principe général du droit de l'Union³²⁴⁶. Les pièces protégées par le secret des affaires sont alors retirées du dossier et écartées des débats, et ce pour respecter l'exigence du contradictoire, comme le rappelle la Cour d'appel de Paris : « Considérant, ensuite, sur la violation alléguée du secret des affaires, que l'article L. 36-8 du CPCE dispose que « l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires. Ces pièces sont alors retirées du dossier » ; considérant qu'au regard de ces dispositions et en l'absence de dispositions particulières l'autorisant à lever le secret des affaires, l'Autorité ne disposait pas d'autre option que celle qui a été mise en œuvre en l'espèce, qui a consisté à écarter des débats les pièces pour lesquelles Mobius avait précisément invoqué le secret des affaires ; que, par surcroît, toute autre interprétation se serait heurtée aux exigences du contradictoire, qui interdisait de toute façon à l'Autorité de se référer à des pièces soumises au secret transmises par une partie au différend que l'autre partie n'aurait, du fait des contraintes du secret, pas été mise en mesure de discuter »³²⁴⁷. Le secret des affaires est donc protégé, mais il doit être concilié avec le respect du contradictoire.

À côté des garanties procédurales, il faut étudier la portée du pouvoir de règlement des différends, pouvoir éminemment dérogatoire.

II — La portée du pouvoir de règlement des différends

La portée du pouvoir de règlement des différends par rapport à la liberté contractuelle et au droit de propriété a déjà été évoquée. La jurisprudence est venue préciser d'abord le caractère d'ordre public du pouvoir de règlement des différends (A) et, comme cela a été le cas en Angleterre d'ailleurs, dans quelle mesure ce pouvoir pouvait avoir un effet rétroactif (B). Il faudra ensuite étudier la portée de ce pouvoir vis-à-vis des tiers (C).

³²⁴³ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 17-1 (« La décision du conseil précise les conditions permettant d'assurer le respect des obligations et des principes mentionnés au premier alinéa »), mais même le décret d'application ne précise pas que la motivation est obligatoire (Décret n° 2006-1084 du 29 août 2006 pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et relatif à la procédure de règlement de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel) ; Code de la propriété intellectuelle, article L331-32 (« elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé »).

³²⁴⁴ V. Code des postes et des communications électroniques, article 36-8 (« Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés ») ; Loi 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 38.

³²⁴⁵ V. l'article L. 36-8 du CPCE ; Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), article 17-1.

³²⁴⁶ V. C.J.U.E., 24 juin 1986, Akzo, aff. 53/85.

³²⁴⁷ V. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, La Réunion Numérique c. Mobius, n° RG 2010/16143.

A — *Le caractère d'ordre public des décisions de règlement des différends*

1107. La Cour d'appel de Paris a clairement affirmé que les décisions administratives de règlement des différends ont un caractère d'ordre public, illustrant encore et renforçant la constatation déjà ancienne de Jean Rivero, de « l'encerclement du droit privé par le droit public »³²⁴⁸. La force qui s'attache donc aux décisions de règlement des différends emporte plusieurs conséquences.

D'abord, les décisions de règlement des différends s'appliquent immédiatement, même aux contrats en cours, « peu important le régime antérieur appliqué entre les parties »³²⁴⁹. Ensuite, ces mesures peuvent avoir indifféremment un effet sur l'exécution, le contenu ou l'effet de la convention³²⁵⁰.

Toutefois le pouvoir des autorités sectorielles ne saurait, comme on l'a précisé, s'étendre jusqu'à forcer les parties à contracter, elles ne peuvent qu'imposer à la partie récalcitrante de faire une offre³²⁵¹.

Mais, la portée du règlement des différends doit aussi être analysée du point de vue temporel.

B — *La portée temporelle du pouvoir de règlement des différends*

1108. Le pouvoir de règlement des différends s'applique à des contrats en cours ou à naître pour lesquels un différend est survenu. Dans l'hypothèse où les relations contractuelles ne sont pas encore nouées, la décision administrative ne soulève pas de difficulté quant à l'application du principe de non-rétroactivité. En revanche, lorsque les relations contractuelles existent, il s'agit de savoir dans quelle mesure la décision de règlement des différends peut avoir un tel effet sur des contrats de droit privé. Après avoir rappelé la jurisprudence générale en ce domaine on s'intéressera à la manière dont cette difficulté a été résolue dans les secteurs régulés.

1109. Traditionnellement, le juge judiciaire considère que le principe de non-rétroactivité implique que la loi nouvelle n'est pas applicable aux contrats en cours à la date de son entrée

³²⁴⁸ V. J. Rivero, Dalloz, Chron. 1947, p. 69. V. sur ce sujet A. Werner, « Le régime des actes de droit privé soumis à autorisation administrative », R.D.P. 1984 p. 731.

³²⁴⁹ V. J. Riffault-Silk, « La régulation économique dans le secteur de l'énergie », Concurrences, n° 2-2010, spéc. p. 7, n° 47 ; J. Riffault-Silk, « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », Revue internationale de droit économique, 2011/1, tome XXV, pp. 5-41 ; V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., sect. H, 6 avril 2004, S.A. France-Manche c. E.D.F. en sa qualité de gestionnaire du réseau de transport d'électricité (R.T.E.), n° 2003/18241. Dans cet arrêt la Cour d'appel rejette comme étant inopérant les moyens tirés d'engagements contractuels préexistants et la méconnaissance alléguée par la C.R.E. « de la convention de raccordement conclue le 17 février 1989 avec EDF (...) dès lors que l'application à ces dernières de la définition du point physique de raccordement retenue par la décision déferée conduit à la tarification fixée par celle-ci ». Cette solution est en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État qui admettait, selon Jacques Petit, « l'applicabilité aux contrats en cours de la réglementation des prix », et ne sanctionnait que la rétroactivité de ces règlements (Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, préc., p. 212, n° 449).

³²⁵⁰ V. J. Riffault-Silk, « La régulation économique dans le secteur de l'énergie », Concurrences, N° 2-2010, spéc. p. 8, n° 50.

³²⁵¹ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 25 janvier 2005, Cerestar c/ R.T.E., n° RG 2004/12111V. La critique de T. Tuot, « Électricité : La CRE n'a pas le pouvoir d'adresser à un utilisateur du réseau une injonction de conclure un contrat (Cerestar) », Concurrences, N° 2-2005, n° 1196, pp. 98-100.

en vigueur³²⁵². Le Conseil d'État s'en est tenu à la même règle et juge ainsi que sont illégaux les actes réglementaires qui portent atteinte aux contrats en cours³²⁵³. De même, la modification par l'Administration d'une clause réglementaire d'un contrat, comme le tarif, ne peut avoir d'effet que pour l'avenir. La possibilité de doter une décision administrative d'un effet rétroactif est restreinte à des hypothèses limitées justifiées par l'intérêt supérieur de la continuité du service³²⁵⁴ ou de l'ordre public³²⁵⁵.

1110. Avec le développement de l'interventionnisme économique, des lois de plus en plus nombreuses sont venues bouleverser l'économie des contrats en cours. Le juge constitutionnel considère que le principe de non-rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République³²⁵⁶. Le Conseil constitutionnel, dans sa dernière jurisprudence, est néanmoins sensible à vérifier que l'atteinte portée par le législateur à l'économie des contrats sert un « intérêt général suffisant »³²⁵⁷.

1111. Le Conseil d'État est venu synthétiser cette jurisprudence et préciser la manière dont la loi et le règlement peuvent s'appliquer aux situations contractuelles en cours : « une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur sans revêtir par là même un caractère rétroactif ; il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public — fût-ce implicitement —, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations »³²⁵⁸.

³²⁵² V. Cass., ch. réunies, 13 janvier 1932, *Martinaud c. Dame veuve Bernard et Martinaud c. Durand*, DP 1932, 1, p. 18, rapp. Pilon.

³²⁵³ V. Conseil d'État, 1er mars 1967, *Établissement Petitjean*, Recueil Lebon p. 97 ; 29 janvier 1971, *Émery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, Recueil Lebon p. 80 ; 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et sieur Nething*, Recueil Lebon p. 329 ; 11 mai 1979, *Roy et autres*, Recueil Lebon p. 209). Ces références sont citées par P. Terneyre, « La volonté des parties, source du droit des marchés publics ? », *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, 2009, spéc. n° I.300.1.4.

³²⁵⁴ V. Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, *Sté du Journal « L'Aurore »*, Recueil Lebon p. 289 (Gaz. Pal. 1948.2.7, concl. Letourneur ; S. 1948.3.69, concl. Letourneur ; D. 1948.437, note M. Waline ; JCP 1948.II.4427, note Mestre ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°61, pp. 384 suiv.). Le Conseil d'État a toutefois admis une exception au principe de non-rétroactivité, mais dans une hypothèse précise : l'annulation du tarif de l'eau fixé annuellement par une commune laissait un vide juridique pour l'année en question où aucun tarif n'était dès lors applicable. Le Conseil d'État accepte ici la fixation rétroactive du tarif dans l'intérêt de la continuité du service : Conseil d'État, 19 avril 2000, *Commune de la Bresse*, n° 157920, inédit). V. F. Troger, « Principes de fixation du tarif », 2009, in *Délégation de service public*, Éditions du Moniteur, n° III.610.2.4.

³²⁵⁵ V. Conseil d'État, 28 février 1947, *Compagnie réunionnaise O. Ratineau et Fils*, Recueil Lebon p. 83, cité par P. Terneyre, « La volonté des parties, source du droit des marchés publics ? », *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, 2009, spéc. n° I.300.1.4.

³²⁵⁶ V. Le Conseil juge ainsi que « la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; Considérant que le fait pour le législateur de modifier des stipulations contractuelles relatives aux droits et obligations des acquéreurs d'actions des sociétés privatisées est sans rapport avec l'organisation de l'exercice d'une liberté publique ; qu'ainsi, l'argument tiré de ce que la loi déferée mettrait en cause une situation existante intéressant une liberté publique est dénué de pertinence » (n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, cons. 13, J.O.R.F., 5 juillet 1989, p. 8382, Rec. p. 41).

³²⁵⁷ V. Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543DC, cons. 29-31 (J.O.R.F., 8 décembre 2006, p. 18544 ; Recueil p. 120) ; 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 11 et 12 (J.O.R.F., 25 novembre 2009, p. 20223 ; Recueil p. 193).

³²⁵⁸ V. Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, RFDA 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, BJCP 2006, n° 46, p. 173, concl. Y. Aguila et obs. P. Terneyre, AJDA 2006, p. 1028, note C. Landais et F. Lenica. V. le complément à cet arrêt apporté par l'arrêt : Conseil d'État, 8 avril 2009, *Commune d'Olivet*, n°

D'une part, cet arrêt affirme clairement que l'application immédiate d'une norme législative ou réglementaire à des contrats en cours emporte par là même des effets rétroactifs. D'autre part, seule la loi peut en conséquence autoriser le pouvoir réglementaire à édicter des dispositions d'application immédiate et pour des motifs d'ordre public.

1112. Le rappel de cette jurisprudence permet de manifester le caractère éminemment dérogatoire de la décision de règlement des différends. S'il est acquis, semble-t-il, que la décision de règlement des différends est d'application immédiate pour les contrats en cours³²⁵⁹, il restait à savoir la portée rétroactive de ce pouvoir. La jurisprudence a précisé l'étendue de cet effet.

1113. Il s'agit alors d'analyser le contentieux ayant soulevé ce problème et la manière dont l'autorité administrative, puis la Cour d'appel de Paris et enfin la Cour de cassation ont donné chacune une solution à ce problème.

1114. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes était saisie d'un différend opposant les sociétés France Télécom et Neuf Télécom³²⁶⁰. Amenée à examiner les effets dans le temps de sa décision, l'Autorité considère que comme « la période litigieuse commence à courir à compter du 1^{er} janvier 2006 l'Autorité pourra, en tant que de besoin, et sans que lui soit opposé le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, décider que le tarif de terminaison d'appel qu'elle sera amenée à fixer dans la présente décision, emportera des conséquences dès cette date ». L'Autorité cite à l'appui de sa décision, un jugement de la Cour d'appel de Paris, examinant le moyen tiré du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, qui avait considéré que « considérant qu'investie par la loi du pouvoir de régler les différends opposant les opérateurs de télécommunication sur les conditions financières des prestations d'interconnexion pour lesquelles ils ont conclu une convention, l'A.R.T. a fait une exacte application de ses prérogatives en fixant, pour l'ensemble de la période litigieuse qui en l'espèce commençait à courir au premier janvier 2003, les méthodes permettant de déterminer les tarifs de ces prestations ; qu'aucun excès de pouvoir ni violation d'un principe fondamental ne pouvant à ce titre lui être reproché, le moyen d'annulation de la décision doit être rejeté »³²⁶¹. Dans sa lettre hebdomadaire, l'Autorité expliquait qu'elle « ne pouvait ignorer la valeur du principe de non-

271737, RFD adm. 2009, p. 449, concl. É. Geffray, AJDA 2009, p. 1090, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi, AJDA 2009, p. 1747, chr. S. Nicinski. V. aussi Conseil d'État, 30 mars 2007, Société ENEL, n° 289687 (sur la légalité de l'atteinte portée par un acte administratif pris par la C.R.E. sur le fondement d'une norme communautaire à des situations contractuelles en cours).

³²⁵⁹ V. A.R.C.E.P., 12 juillet 2011, Société Towercast c. Société TDF, n° 2011-0809. L'A.R.C.E.P. estime que ce pouvoir de modifier les contrats avec effet immédiat résultait des dispositions législatives pertinentes comme des stipulations des directives : « Toutefois, ainsi que l'a souligné la société Towercast, au regard des objectifs de régulation poursuivis par les dispositions législatives du CPCE, il ressort de la lecture des articles L. 37-1, L. 37-2 et L. 38 du CPCE que ces derniers comportent une habilitation implicite mais nécessaire du législateur permettant d'édicter des dispositions impératives qui ont vocation à s'appliquer immédiatement, y compris, pour l'avenir, aux relations contractuelles en cours. En effet, l'existence d'une telle habilitation législative découle de l'effet utile des directives communautaires que les articles L. 37-1, L. 37-2 et L. 38 du CPCE transposent ... Ainsi, il résulte des considérations précédentes que l'Autorité est habilitée par la loi, dans le cadre de sa mission de régulation, mission d'ordre public économique, à imposer aux opérateurs puissants sur le marché, certaines obligations impliquant de modifier, dans un délai raisonnable, les contrats préalablement conclus, afin d'assurer l'effectivité de la régulation ».

³²⁶⁰ V. Décision n° 06-0551 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 30 mai 2006 se prononçant sur un différend opposant les sociétés France Télécom et Neuf Télécom.

³²⁶¹ V. CA Paris, 20 janvier 2004, UPC France c. France Télécom, n° 2003/12848. V. aussi Cour d'appel de Paris, 20 janvier 2004, France Télécom c. Complétil, n° 2003/13088.

rétroactivité des actes administratifs, mais avait entendu l'adapter aux réalités économiques dans un souci d'équité sans contrevenir aux nécessités de sécurité juridique »³²⁶².

1115. Ainsi, la Cour d'appel de Paris acceptait que l'Autorité fasse remonter les effets dans le temps de sa décision au moment où la « période litigieuse » est cristallisée : « la date de départ de cette période, explique Joelle Adda, est celle à laquelle est constaté le désaccord permettant à l'Autorité d'exercer sa compétence. Celle-ci peut même commencer à la date à laquelle un opérateur adresse une « lettre de réserve », relative à une convention qu'elle est contrainte de signer »³²⁶³.

1116. Mais, dans un nouveau contentieux opposant les mêmes parties, l'A.R.C.E.P., suivie ensuite par la Cour d'appel de Paris, a refusé de faire remonter dans le temps les effets de la décision de règlement des différends à une période antérieure à la cristallisation de la période litigieuse. Ainsi, l'A.R.C.E.P. ne s'estime compétente pour pouvoir déroger au principe du caractère non rétroactif des actes administratifs qu'à partir du moment où le litige est cristallisé. La Cour d'appel de Paris juge ainsi que le pouvoir de règlement des différends « exclut une remise en cause de la situation réglementaire et contractuelle préexistante à l'émergence du différend »³²⁶⁴, aussi l'A.R.C.E.P. a-t-elle fait une exacte application de ses pouvoirs en « refusant de modifier les conditions financières convenues entre Neuf Cegetel et France Télécom avant la date du 4 février 2008 »³²⁶⁵, date à laquelle le différend est réellement constitué pour l'Autorité et la Cour³²⁶⁶. Le requérant fondait sa demande sur le fait que France Télécom n'avait pas respecté ses obligations d'orientation des tarifs vers les coûts avant la cristallisation du différend. Aussi, demandait-elle que l'Autorité étende son pouvoir jusqu'au moment où France Télécom a commencé à être en contravention avec ses obligations. C'est le moyen qu'elle soulève ensuite, tiré de la violation du droit de l'Union européenne. Mais la Cour d'appel y reste insensible, jugeant que « l'article 20 de la directive-cadre n° 2002/21/CE [...], qui impose aux États membres de donner à l'ARN le pouvoir de prendre des décisions contraignantes pour résoudre le litige survenu entre des entreprises « en ce qui concerne des obligations découlant de la présente directive ou des directives particulières » et qui édicte que « les obligations que l'ARN peut imposer à une entreprise dans le cadre de la résolution d'un litige sont conformes aux dispositions de la présente directive ou des directives particulières » n'impose aucunement aux États membres de donner à cette autorité, dans ce cadre spécifique du règlement des différends, le pouvoir de vérifier que les opérateurs se sont conformés à leurs obligations pour une période antérieure à la survenance du différend »³²⁶⁷.

1117. Répondant enfin au moyen tiré de la protection juridictionnelle que les États membres doivent aux droits conférés par le droit de l'Union européenne, la Cour d'appel ajoute que « la manière dont l'ARCEP a mis en œuvre les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 36-8 du CPCE

³²⁶² V. Lettre de l'A.R.T., avril 2004, p. 12.

³²⁶³ V. J. Adda, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, n° 4-2010, spéc. n° 18.

³²⁶⁴ V. Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Neuf cegetel c/ France Télécom, n° 2008/16665.

³²⁶⁵ V. Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Neuf cegetel c/ France Télécom, n° 2008/16665.

³²⁶⁶ Date à laquelle la Société Neuf Cégétel dénonce expressément à la société France Télécom « les conditions de tarification de la prestation de câbles de renvoi en évoquant les obligations de mensualisation et d'amortissement sur cinq ans imposées par l'ARCEP, et en revendiquant une annulation de la facturation des câbles amortis ; que la réponse formulée par la société France Télécom le 14 mars 2008 a cristallisé le différend ce qui a conduit la société Neuf Cegetel à saisir l'ARCEP le 1er avril 2008 » (V. Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Neuf cegetel c/ France Télécom, n° 2008/16665).

³²⁶⁷ V. Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Neuf cegetel c/ France Télécom, n° 2008/16665, p. 8 §5

n'a pas eu pour effet de restreindre la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union européenne puisque ces deux sources de droit posent bien, comme fondement à l'intervention de l'autorité de régulation dans un différend, l'existence d'un litige ». En conséquence, « l'Autorité n'a nullement posé l'exigence d'un formalisme qui restreindrait un droit conféré par l'ordre communautaire, mais a seulement employé normalement ses pouvoirs de résolution d'un litige de nature contractuelle entre deux opérateurs, survenu au cours de l'exécution de leur convention du 3 juillet 2007 »³²⁶⁸.

Devant la Cour d'appel de Paris, l'A.R.C.E.P. avait justifié cette position en affirmant que « la dynamique de régulation suppose qu'elle puisse rétablir immédiatement l'équilibre concurrentiel du marché, sans pour autant remettre indéfiniment en question les rapports juridiques et économiques créés entre les différents acteurs du marché »³²⁶⁹.

1118. La Cour de cassation prend, elle, le contre-pied de la Cour d'appel de Paris. L'exposé du conseiller rapporteur Agnès Maitrepierre pose la question de droit en ces termes « La principale question posée par le pourvoi, dans son deuxième moyen, invite, pour la première fois, la Cour de cassation à déterminer l'étendue de la compétence de l'ARCEP, dans le cadre de la procédure de règlement des différends, pour trancher un désaccord des parties à une convention d'accès à la boucle locale sur la conformité des tarifs convenus à un principe de régulation tarifaire ».

1119. C'est en se plaçant sur le terrain du droit de l'Union européenne qu'Agnès Maitrepierre tente de résoudre cette difficulté : « la question qu'il reste à se poser, pour répondre au moyen, est de savoir si cette conception restrictive des compétences dévolues à cette autorité, par l'article L. 36-8-I du CPCE, sur le fondement de l'article 20 de la directive-cadre (la directive 2002/21/CE, alors applicable), est conforme aux exigences du droit de l'Union européenne ».

1120. Or la directive ne précise pas le champ de compétence *rationae temporis* de l'autorité de règlement des différends. Toutefois, cette procédure, aux termes de la directive, doit permettre de garantir les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union européenne. Comme le rappelle le conseiller rapporteur, cette procédure doit permettre d'« assurer le respect des obligations découlant de la présente directive », obligations au nombre desquelles on compte celle qui incombe aux opérateurs puissants sur le marché d'orienter leurs tarifs vers les coûts. Dès lors, la procédure de règlement des différends doit permettre de faire respecter le droit que les opérateurs tiennent de cette directive de payer des tarifs d'utilisation du réseau orientés vers les coûts.

Dès lors, l'effectivité du droit de l'Union européenne est-elle compatible avec une interprétation aussi restrictive des pouvoirs de l'autorité sectorielle ? L'opérateur bénéficiait, depuis son entrée sur le marché, d'un droit, d'origine européenne, à ce que les tarifs qu'il acquittait fussent orientés vers les coûts ; mais l'autorité sectorielle n'accepta de prendre en compte ce droit qu'à partir du moment où le différend s'était constitué. Aussi Agnès Maitrepierre se demande-t-elle si l'opérateur en question ne pourrait pas bénéficier d'autres voies de droit afin de faire respecter celui qu'il tire du droit de l'Union européenne. Dans ce

³²⁶⁸ V. Cour d'appel de Paris, 26 mai 2009, Neuf cegetel c/ France Télécom, n° 2008/16665, p. 8 avant-dernier paragraphe.

³²⁶⁹ V. A. Maitrepierre, « Rapport du conseiller rapporteur dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 décembre 2010 sur l'étendue de la compétence de l'ARCEP pour trancher un différend tarifaire entre des parties à une convention d'accès à la boucle locale (SFR/France Télécom, pourvoi n° 09-67.371) », *Concurrences*, n° 1-2011, p. 26.

cadre, le recours au juge du contrat est exclu, car celui-ci n'a pas le pouvoir, depuis l'arrêt Canal de Crapone, de réviser un contrat ; de même, le recours au Conseil de la concurrence semble exclu.

1121. La Cour de cassation conclut donc, donnant plein effet au droit de l'Union européenne, que « pour rejeter le recours formé contre la décision de l'ARCEP ayant refusé d'examiner la partie de la demande de l'opérateur alternatif se rapportant à la période antérieure au 4 février 2008, l'arrêt retient que la finalité de son intervention exclut une remise en cause de la situation réglementaire et contractuelle préexistante à l'émergence du différend ; attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé »³²⁷⁰, soit l'article 36-8 du code de postes et des communications électroniques, conférant sa compétence de règlement des différends à l'autorité. C'est bien l'effectivité du droit européen qui constitue le fondement de la solution³²⁷¹.

1122. Cet arrêt de la Cour de cassation aboutit à la même conclusion que le Competition Appeal Tribunal³²⁷² et sur le même fondement, l'effectivité du droit européen. Il est aussi cohérent avec les recommandations du Groupement des régulateurs européens³²⁷³.

1123. Cet arrêt manifeste aussi la nature ambivalente, *sui generis* du règlement des différends. Une autorité administrative chargée de trancher un différend n'en devient pas pour autant un médiateur ou un juge civil, elle a pour mission d'assurer l'effectivité des obligations légales que les textes lui assignent. Cette solution est, il est vrai, extrêmement dérogatoire par rapport aux solutions du droit administratif ou du droit de la concurrence³²⁷⁴. Mais, on peut remarquer que la même crainte, le non-respect du droit européen, avait aussi justifié pour le Conseil d'État, la mise en œuvre de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse d'une injonction de l'ARCEP : « Considérant qu'il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé, que l'annulation des dispositions litigieuses aurait pour conséquence, d'une part, de permettre, en raison des stipulations liant France Télécom à ses contractants, l'application, à titre rétroactif, de tarifs de dégroupage qui ne sont pas orientés vers les coûts, en violation de l'article 4 § 1, du règlement communautaire du

³²⁷⁰ V. Cour de cassation, ch. comm., 14 décembre 2010, Neuf Télécom et Cégétel c. France Télécom, n°09-67371.

³²⁷¹ V. Cour de cassation, Rapport annuel, 2010 : « Cet énoncé découle des exigences du droit de l'Union européenne, à savoir une exigence de fond, qui réside dans le principe d'orientation des tarifs vers les coûts et une exigence procédurale, qui vise à encadrer l'autonomie des États membres en leur interdisant, en vertu d'un principe dit d'effectivité, de soumettre les recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'ordre juridique européen à des modalités procédurales qui rendent en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits ».

³²⁷² V. pour un exposé des décisions d'Ofcom, précédent la décision du Competition Appeal Tribunal : O. Fréget, « Orientation vers les coûts : de la régulation au droit ? », in La tarification dans le domaine des télécoms, Entretien du Conseil d'État, Quelle tarification pour les services liés à l'usage d'infrastructures ? Mercredi 16 décembre 2009, Revue Lamy de la concurrence, 2010, n° 23. La différence notable et qui a facilité l'adoption de la décision en Angleterre est que la loi prévoit expressément pour Ofcom la possibilité de demander à une partie de rembourser des sommes indues.

³²⁷³ V. Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, May 2006, spéc. pp. 65-66. Dans ce document le groupement s'inquiète des possibilités pour le propriétaire de l'infrastructure de surestimer ses coûts. Cependant le groupe estime que la possibilité pour l'autorité administrative, lors de la résolution d'un différend, de modifier les tarifs de manière rétrospective, permet d'apporter une solution à cette difficulté.

³²⁷⁴ V. M. Behar-Touchais, « Y a-t-il de la rétroactivité en droit de la concurrence ? », Revue des contrats, janv. 2008, n° 1, p. 61 ; L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 1er juillet 2004, n° 3, p. 882

18 décembre 2000 [...] ; qu'ainsi [...], la disparition rétroactive des dispositions litigieuses porterait une atteinte manifestement excessive à l'intérêt qui s'attache au respect du droit communautaire »³²⁷⁵.

1124. Ce pouvoir, confié à l'autorité sectorielle, emporte donc un risque sérieux d'accroître « l'insécurité juridique des relations entre opérateurs », comme le relève Joëlle Adda³²⁷⁶. On mentionnera aussi que, pour le Conseil d'État, en l'absence de disposition législative expresse, un règlement ne saurait avoir d'effet rétroactif sur les contrats en cours — or, on ne peut que constater ici, l'absence de disposition législative expresse prévoyant la rétroactivité de ce pouvoir³²⁷⁷.

1125. Le pouvoir de règlement des différends est donc un pouvoir dont l'objet est, en plus de mettre fin à un différend, d'assurer le respect, par les opérateurs, des obligations qui leur incombent et d'en tirer les conséquences sur les contrats, fussent-ils passés, fussent-ils antérieurs à la cristallisation du différend. Il s'ensuit donc que l'existence d'un différend est un critère de recevabilité de la demande, mais n'est pas une limite quant à la portée temporelle du pouvoir de l'autorité. Ce caractère montre bien que le règlement des différends n'est pas un arbitrage ou une médiation. Certes, l'existence d'un différend est une condition de la compétence de l'autorité ; mais ce n'est pas une limite à son pouvoir, puisque celui-ci doit bien être interprété comme un moyen d'exécution des obligations légales qui s'imposent à l'autorité administrative dans son office.

L'examen de cette difficulté amène à analyser un autre problème que suscite le règlement des différends : la portée de la décision vis-à-vis des tiers.

C — La portée de ce pouvoir vis-à-vis des tiers

1126. Les mesures de règlement des différends sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur les tiers, consommateurs ou autres acteurs du marché, et ce d'autant plus que le pouvoir de règlement des différends confine parfois, avec l'assentiment de la Cour d'appel de Paris, à l'exercice d'un pouvoir réglementaire comportant l'édiction de disposition de portée générale³²⁷⁸. Les autorités anglaises consultent, elles, largement sur leur future décision

³²⁷⁵ V. Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866 : Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866 : *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n° 3, p. 112, note A. Claeys ; *AJDA* 2005. 997, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave ; *RTD eur.* 2006. 301, chron. D. Ritleng ; *R.D.P.* 2005, pp. 1643-1679, note P. Idoux ; *R.J.E.P.*, 2005, pp. 355-365, note J.-H. Stahl ; *JCP A*, 2005, p. 1101-1107, note E. Breen ; *JCP A*, 2005, pp. 632-635, note E. Saulnier-Cassia ; *Droit administratif* 2005, pp. 26-29, note S. Blazy, M. Bazex ; *R.F.D.A.*, 2005, pp. 446-448, note P. Terneyre.

³²⁷⁶ V. J. Adda, « La Cour de cassation étend la rétroactivité des décisions de règlement de différend », *préc.*, p. 171.

³²⁷⁷ V. À. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, *préc.* p. 726.

³²⁷⁸ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 23 janvier 2007, *Gaz de France c/ Altergaz*, n° RG 06/06163 : *Concurrences*, n° 2-2007, n° 13505, pp. 162-163, note J.-P. Tran Thiet. Dans cet arrêt très révélateur, la Cour d'appel de Paris admet que l'organe de règlement des différends de la C.R.E. prononce une « mesure de portée générale », dans cette mesure est nécessaire pour « vider le différend ». Ainsi, lors d'un différend, la C.R.E. peut articuler les différentes compétences qu'elle tient de la loi (celle de règlement des litiges et, comme en l'espèce l'article 30-2 de la loi du 3 janvier 2003 donnant compétence à l'autorité pour prendre les mesures adéquates pour assurer la continuité de la fourniture de gaz aux clients par l'accès aux capacités de stockage). L'articulation entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir de règlement des différends est souvent compliquée. Il n'est pas rare que, saisie d'un nombre important de litiges, ceux-ci révèlent un problème réglementaire plus important. L'autorité peut alors décider de procéder par voie de norme générale plutôt que de résoudre chaque

en appelant des commentaires sur une décision provisoire. Ce n'est pas la pratique en France, sans pourtant que la jurisprudence du Conseil d'État s'y oppose³²⁷⁹. En regard, les règlements de procédure adoptés par les autorités sectorielles montrent que le problème de l'implication des tiers n'est pas traité. En réalité, c'est souvent l'audience publique qui peut être l'occasion, pour l'autorité d'entendre, si elle le juge utile, des tiers³²⁸⁰ ; encore cette audience n'est-elle pas toujours souhaitée par les parties.

1127. Or, les décisions de règlement des différends peuvent avoir des répercussions sur les tiers et notamment les personnes publiques et les contrats qu'elles concluent. Ainsi, dans un différend entre les sociétés La Réunion Numérique, titulaire d'une délégation de service public et Mobius, opérateur alternatif, l'A.R.C.E.P. s'est reconnue compétente pour connaître des conditions techniques et tarifaires d'une délégation de service public³²⁸¹. Lors du recours devant la Cour d'appel de Paris, le délégataire soulevait un moyen tiré de ce que l'Autorité n'aurait à aucun moment inclut dans la procédure l'autorité délégante. La Cour écarte ce moyen au motif que « la circonstance que l'opérateur offre les services faisant l'objet du litige dans le cadre d'une délégation de service public n'est pas de nature à exclure la compétence de l'Autorité pour connaître d'un litige relatif à l'accès ou l'interconnexion entre cet opérateur et un autre opérateur déclaré et qu'il appartient seulement à l'opérateur délégataire de prendre toutes les mesures permettant d'assurer la pleine application de la décision de règlement de différend, le cas échéant en saisissant l'autorité délégante conformément aux dispositions de la convention de délégation de service public applicables »³²⁸².

1128. Aussi les tiers, fussent-ils des personnes publiques en charge d'un service public, doivent tirer les conséquences des décisions de règlement des différends. Ces décisions ont donc une large portée, sans que la procédure ne prévoie une consultation de l'ensemble des parties intéressées. Cette participation n'est pas exclue, mais elle n'est pas organisée. Le règlement des différends reste encore largement conçu comme la chose des parties.

litige (v. par ex. C.S.A., 5 juin 2007, « Différends sur la numérotation des chaînes : le CSA rejette les demandes des chaînes » : le rejet des quatorze saisines est justifié par le Conseil par la volonté « d'adopter une démarche globale permettant de définir les règles régissant la numérotation », qui se traduira par l'adoption d'une délibération).

³²⁷⁹ V. Conseil d'État, 12 octobre 2010, Sté Bouygues Télécom, n° 332393. Dans cet arrêt le Conseil fixe précisément la liberté de l'autorité administrative de recueillir des avis de toutes sortes. Cette liberté est soumise à deux conditions : d'une part, le recours à la consultation ne doit pas être incompatible avec l'économie générale des procédures applicables ; d'autre part, l'autorité administrative ne doit pas sentir liée par ces avis. Cet arrêt concernait le pouvoir réglementaire de l'autorité sectorielle, mais on peut penser qu'il s'applique aussi au règlement des différends. Il ne fait pas de doute que l'autorité sectorielle de règlement des différends ne devrait pas se sentir liée non plus par ses consultations qui doivent seulement l'éclairer, elle devrait en outre les soumettre au contradictoire et surtout accorder cette pratique avec les délais très courts qui s'imposent à elles pour rendre leur décision.

³²⁸⁰ Le règlement intérieur de l'ARCEP n'en fait ainsi pas mention. Le règlement intérieur du CoRDIS fait état de la possibilité pour la Commission, lors de l'audience publique de « procéder à l'audition de personnes autres que les parties, en particulier des autorités concédantes territorialement compétentes, mentionnées à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales ». Il en est de même pour la C.S.A. : « Le Conseil peut également entendre au cours de cette séance toute personne dont l'audition lui paraît utile ».

³²⁸¹ V. A.R.C.E.P., déc. n° 2010-0742 du 1er juillet 2010, règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique : J. Adda, « Règlement des différends : L'ARCEP rend pour la première fois un règlement de différend relatif à une activité visée à l'art. L. 1425-1 CGCT et se reconnaît compétente pour connaître d'un litige dont l'une des parties est un opérateur offrant ses services dans le cadre d'une délégation de service public (Mobius et La Réunion Numérique) », *Concurrences*, n° 4-2010, n° 33040, pp. 218-219.

³²⁸² V. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, n° RG 2010/16143, La Réunion Numérique c. Mobius.

Après avoir analysé le caractère d'ordre public de ces décisions, leur portée temporelle ainsi que vis-à-vis des tiers, il faut étudier les modalités du règlement des différends.

III — Les modalités du règlement des différends

Les modalités de règlement des différends sont nombreuses. Certaines sont de nature économique et comptable, malgré leur intérêt il n'en sera pas question ici, afin de concentrer l'analyse sur les éléments juridiques qui donnent au règlement des différends sa physionomie originale. Deux techniques sont manifestement importantes dans le règlement des différends et irriguent l'ensemble des secteurs. Il s'agit d'une part de l'équité (A) et ensuite de l'utilisation du principe de non-discrimination (B). D'autres sont bien sûr présents, telles les notions d'objectivité et de transparence, mais elles n'ont pas donné lieu à des précisions marquantes, à notre connaissance, dans la jurisprudence.

A — L'utilisation de l'équité

1129. Les textes permettent à certaines autorités sectorielles de fixer les « conditions équitables » des contrats. En l'occurrence, il semble que seules les autorités de règlement des litiges dans les domaines des communications électroniques et de l'audiovisuel puissent utiliser l'équité³²⁸³. Ce pouvoir, faisant référence à une « notion neuve en droit administratif »³²⁸⁴, est néanmoins encadré dans la mesure où il doit servir les objectifs de la régulation.

1130. La Cour d'appel de Paris est venue préciser la portée de cette notion. Le recours à l'équité qu'autorise la loi permet ainsi à l'autorité de s'écarter de la stricte application de la règle de droit, afin de prendre en compte les positions relatives des opérateurs au différend³²⁸⁵. Cependant, ce pouvoir discrétionnaire ne saurait s'analyser comme un blanc-seing et, surtout, il n'emporte pas nécessairement le succès des demandes qui pourraient sembler justes « au regard de données subjectives »³²⁸⁶. L'équité au sens de la loi doit être interprétée par l'autorité administrative « au regard des objectifs de la régulation en matière de communications électroniques définis par l'article L. 32 — 1 du C.P.C.E., en se fondant,

³²⁸³ La loi relative aux pouvoirs du CoRDIS (C.R.E.) n'y fait pas référence, pas plus que celle relative aux pouvoirs de l'A.R.C.E.P. dans le domaine postal. Ce critère est aussi absent dans les domaines de la propriété intellectuelle et du cinéma. En revanche, dans le domaine des communications électroniques la loi précise que l'autorité fixe les « conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés » (article L34-8 du C.P.C.E.). La référence à l'équité n'est pas indirecte dans le domaine audiovisuel puisque la loi du 30 septembre 1986 en fait un critère de compétence du C.S.A. puisqu'elle dispose que l'autorité peut être saisie par les opérateurs qu'elle mentionne lorsque le différend porte sur « le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services » (article 17-1 de la loi relative à la liberté de communication).

³²⁸⁴ V. J. Adda, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, N° 4-2010, n° 32723, pp. 75-84. V. néanmoins l'étude de M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Coll. Bibl. de droit public, tome 229, L.G.D.J., 2003.

³²⁸⁵ V. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, société La Réunion Numérique S.A.S. c. société Mobius S.A., n° RG 2010/16143.

³²⁸⁶ V. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, société La Réunion Numérique S.A.S. c. société Mobius S.A., n° RG 2010/16143.

au-delà de la situation particulière d'un opérateur et comme cela a d'ailleurs été le cas en l'espèce, sur des considérations touchant à l'ordre public économique ». L'équité n'est donc en rien une notion métaphysique : lorsqu'elle est mise en œuvre par l'autorité sectorielle, elle doit servir les objectifs que pose la loi. L'équité est ainsi fondée sur les objectifs de la régulation.

1131. De surcroît, l'autorité des communications électroniques, lorsqu'un grief d'iniquité est soulevé, limite son contrôle pour laisser tout son champ à la liberté des opérateurs. L'autorité se borne à vérifier que les conditions proposées ne sont pas inéquitables, raisonnement que valide la Cour d'appel de Paris considérant « qu'en l'absence de texte réglementant le partage de cette valeur ajoutée, l'Autorité a exactement conclu qu'il convenait seulement d'examiner si, compte tenu des prestations fournies par les deux parties, les conditions financières du contrat et, en particulier, le reversement prévu au profit de Le Numéro ne présentaient pas un caractère inéquitable pour celle-ci [...] »³²⁸⁷. Cette position permet de respecter l'économie du contrat.

1132. Aussi, lorsqu'un requérant demande à l'autorité de statuer en équité, il ne peut se décharger sur celle-ci de la preuve de ce qu'il avance³²⁸⁸ : il revient donc « à un opérateur qui souhaite que les conditions techniques et tarifaires soient appréciées en équité de se prévaloir d'éléments précis de nature à établir le bien-fondé de ses prétentions »³²⁸⁹.

1133. La portée de la notion d'équité est-elle différente dans le domaine audiovisuel ? D'abord, comme dans le domaine des communications électroniques, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a expliqué, dans le cadre du différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite³²⁹⁰, que le caractère équitable d'une proposition doit être apprécié au regard des objectifs de la loi et notamment, en l'espèce de la qualité et de la diversité des programmes. Ainsi l'équité, dans les deux domaines, conférant un pouvoir discrétionnaire important, doit être contrôlée au regard des missions générales de l'autorité.

1134. Mais, à partir des mêmes prémisses, il semble que la portée de la notion d'équité soit, dans le domaine audiovisuel, plus grande. De la qualité de la chaîne Voyage en question, que tente d'apprécier le Conseil au regard de critères objectifs (la reconnaissance et la notoriété dans le milieu professionnel, les rediffusions sur d'autres chaînes), découle son importance déterminante ou non et la nécessité d'assurer sa viabilité. C'est donc au regard des conséquences économiques sur cette chaîne jugée indispensable que le Conseil apprécie le caractère équitable ou non des propositions de CanalSatellite. Aussi, la proposition de cette société menaçant la viabilité de la chaîne, cette proposition, par là même, aura une

³²⁸⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., sect. H, 11 sept. 2007, société 118 218 Le Numéro c. société Orange France, n° RG 06/19670. V. F. Fontaine, G. Weigel, « Principe d'équité et droit de la régulation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2008, n° 38.

³²⁸⁸ V. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, société La Réunion Numérique S.A.S. c. société Mobius S.A., n° RG 2010/16143 : « il revient à une entreprise qui souhaite que les conditions techniques et tarifaires soient appréciées en équité de se prévaloir d'éléments précis de nature à établir le bien-fondé de ses prétentions, ce qui, comme le démontrent à suffisance les développements qui précèdent, n'a pas été le cas de la requérante ».

³²⁸⁹ V. A.R.C.E.P., Décision n° 2011-0359 en date du 31 mars 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés SFR et France Télécom.

³²⁹⁰ V. C.S.A., Décision n° 2007-471 du 17 juillet 2007 relative à un différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite : D. Lescop, « Régulation : Le CSA enjoint à un diffuseur par câble de faire à une chaîne une offre de distribution et de rémunération objective, équitable et non discriminatoire (Voyage/CanalSatellite) », *Concurrences*, n° 4-2007, n° 14441, pp. 140-142.

conséquence néfaste sur la qualité et la diversité des programmes et doit alors être jugée comme inéquitable³²⁹¹.

1135. L'équité mise en œuvre par le Conseil consiste donc à examiner dans quelle mesure l'offre en question aura une incidence sur les objectifs législatifs dont il incombe à cette autorité d'assurer l'accomplissement. Dans les deux domaines, cette notion, qui ouvre en apparence un champ important de possibles et un pouvoir redoutable, est mise en œuvre par les autorités de règlement des différends de manière à promouvoir les objectifs de la régulation. Elle peut être vue comme une arme du faible contre le fort, mais, dans le cadre du différend Voyage, si cette chaîne n'avait pas contribué de manière déterminante à la qualité des programmes, un raisonnement cohérent du Conseil aurait amené une solution opposée.

1136. L'équité visée par les textes est par conséquent encadrée dans la mesure où elle doit servir les objectifs des autorités administratives et où, d'autre part, elle doit faire une place à la liberté contractuelle des opérateurs. Elle confère cependant un pouvoir d'appréciation important à l'autorité administrative.

L'autre standard en fonction duquel le règlement d'un différend peut être mis en œuvre est celui de la non-discrimination.

B — L'obligation de non-discrimination

L'exigence de non-discrimination dans les relations entre parties contractantes dans les secteurs régulés est omniprésente³²⁹².

1137. L'exigence de non-discrimination permet ainsi de contrôler que les opérateurs placés dans une situation identique sont traités de manière identique par l'entreprise en position de force. Ainsi, dans le différend entre AB Sat et la chaîne M6, le fait que cette chaîne n'ait refusé de conclure un accord de diffusion qu'avec AB Sat, sans que ce refus soit appuyé de justifications objectives, permet de caractériser la discrimination, et donc le règlement du litige en faveur du distributeur AB Sat³²⁹³.

1138. Ce principe admet classiquement des dérogations que la Cour d'appel de Paris a consacrées. Ainsi, le principe de discrimination ne saurait être apprécié qu'en fonction de

³²⁹¹ Dans un autre différend opposant les sociétés AB Sat et Métropole Télévision (Décision n° 2008- 523 du 8 juillet 2008), ce ne sont pas les objectifs de qualité et de diversité des programmes qui sont utilisés. Le C.S.A. établit d'abord, à l'aide de décisions du Conseil de la concurrence sur ce point, l'importance de la chaîne M6 et son pouvoir sur le marché pour affirmer que l'absence de cette chaîne dans le bouquet AB Sat serait de nature à nuire aux intérêts de cette société, mais surtout à porter atteinte au dynamisme concurrentiel du marché. C'est donc ici cet objectif qui est utilisé pour contraindre M6 à faire une proposition commerciale à AB Sat (V. J.-P. Tran Thiet, S. Justier, « Règlement de différend : Le CSA rend une décision soulignant la vitalité du principe de non-discrimination (AB Sat — Métropole Télévision) », *Concurrences*, n° 4-2008, n° 22300, pp. 147-149).

³²⁹² V. Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 17-1 ; Loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 2 (sur les conditions non discriminatoires dans lesquelles le raccordement et l'accès doivent être assurés), article 14 (la C.R.E. veille à assurer un accès transparent et non discriminatoire au réseau), article 15 (l'application de ce standard aux programmes d'appel) ; Code des postes et des communications électroniques, article L2-1 (obligation de non-discrimination qui pèse sur le prestataire du service universel des postes), article L3-1 (accès non discriminatoire au réseau postal), article L38 (dans le domaine des communications électroniques).

³²⁹³ V. C.S.A., Décision n° 2008- 523 du 8 juillet 2008 relative à un différend opposant les sociétés AB Sat et Métropole Télévision. V. J.-P. Tran Thiet, S. Justier, « Règlement de différend : Le CSA rend une décision soulignant la vitalité du principe de non-discrimination (AB Sat — Métropole Télévision) », *préc.*.

situations identiques. Aussi, lorsque le pouvoir réglementaire a clairement établi des distinctions de traitement juridique entre plusieurs opérateurs, l'argument ne saurait prospérer³²⁹⁴. De surcroît, une différence de traitement fondée sur des critères objectifs ne peut être considérée comme discriminatoire en soi³²⁹⁵.

Conclusion du § 2

L'analyse de la fonction de règlement des différends permet donc de dissiper certains malentendus. L'apparence et l'opinion pourraient conduire à faire de cette fonction celle d'un simple arbitre des litiges entre personnes privées. Mais c'est là encore faire fi de la nature de l'autorité en charge de l'administrer. Il s'agit bien d'une fonction administrative, certes fortement *sui generis*, qui doit être exercée de manière à respecter les droits des parties, mais qui en tant que fonction administrative doit permettre d'assurer l'exécution des principes qui s'appliquent au secteur.

La solution de la Cour de cassation concernant la rétroactivité des décisions prises dans ce cadre est à cet égard parlante. De même, la conception que ces autorités se font de l'équité, ou encore la possibilité d'émettre des normes de portée générale : ces éléments concourent à faire du règlement des différends un procédé supplémentaire de réglementation des relations contractuelles privées.

C'est aussi un mécanisme dont l'efficacité est renforcée par la possibilité, pour certaines autorités, d'assortir leur décision d'astreintes³²⁹⁶.

Le mouvement de juridictionnalisation, ici aussi, est visible même si l'encadrement textuel est, comme le relève Joëlle Adda, « minimal »³²⁹⁷. La séparation des fonctions, les exigences du contradictoire, le recul de la transparence, le contrôle de la procédure que mène la Cour d'appel de Paris rapprochent cette procédure de la procédure juridictionnelle.

Ce mouvement de juridictionnalisation épargne cependant quelques pouvoirs dont disposent les autorités sectorielles pour corriger les problèmes qu'elles sont amenées à mettre à jour à l'occasion de leur mission.

³²⁹⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Pralong, n° RG 05/12411.

³²⁹⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Pralong, n° RG 05/12411. V. J. Riffault-Silk, « La régulation économique dans le secteur de l'énergie », *Concurrences*, N° 2-2010, spéc. p. 6, n° 40.

³²⁹⁶ V. La C.R.E. est la seule autorité qui dispose de ce pouvoir. C'est en 2005 que le législateur lui a accordé un tel pouvoir (V. Loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF n° 163 du 14 juillet 2005, p. 11570, et le comm. T. Tuot, « Modifications apportées par la loi du 13 juil. 2005 d'orientation énergétique (Loi n° 2005-781) », *Concurrences*, n° 4-2005, n° 612, pp. 122-124).

³²⁹⁷ V. J. Adda, « Le règlement des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *préc.*, spéc. p. 76.

§ 3 — Les procédés correctifs

Ces procédés sont de deux types, il s'agit d'abord des mesures d'urgence (I) et ensuite des injonctions (II).

I — Les mesures d'urgence

Les autorités sectorielles disposent de deux types de compétences pour faire face à l'urgence : elles peuvent, comme c'est le cas pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, faire appel au juge administratif (A) ; elles disposent aussi parfois de compétences propres pour prononcer des mesures conservatoires (B) ; enfin, elles ont à leur disposition des pouvoirs soumis à des protections plus allégées (C).

A — Le recours au juge administratif

1139. Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut recourir au président de la section du contentieux du Conseil d'État afin qu'il ordonne à la personne visée de mettre fin aux manquements constatés. Le juge statue alors en référé et sa décision est immédiatement exécutoire. Il peut, d'après la loi « prendre, même d'office, toute mesure conservatoire et prononcer une astreinte pour l'exécution de son ordonnance »³²⁹⁸.

1140. Le Conseil d'État a été amené à préciser que le président de la section du contentieux, peut, dans l'exercice de ses pouvoirs non seulement « constater les manquements allégués dans la demande du président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, mais également, le cas échéant [...] prescrire des mesures à caractère conservatoire et [...] ordonner toute mesure visant à ce que le responsable du manquement mette fin à l'irrégularité relevée ou en supprime les effets ». Ce pouvoir a permis au Conseil d'État d'intenter des actions contre des personnes qui sortaient du champ d'application de son pouvoir de sanction. En effet, comme le relevait le Conseil d'État, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne pouvait pas « faire usage de son pouvoir de sanction à l'encontre d'une société qui n'était pas titulaire d'une autorisation »³²⁹⁹. C'est pourquoi cette autorité a pu recourir au juge administratif pour qu'il émette des injonctions à l'encontre des opérateurs hors de son contrôle³³⁰⁰. Le juge disposait en effet de l'avantage, par rapport au pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, d'une compétence au champ d'application plus large. Ainsi le président du C.S.A. a-t-il pu demander au juge des référés du Conseil d'État d'enjoindre sous astreinte à l'opérateur de réseau de télécommunications par satellite, Eutelsat, de faire cesser la diffusion des services de télévision d'Al Manar. Contrairement à ce qu'avancait la société, le pouvoir du juge n'est pas « limité dans son champ d'application aux seuls services de communication en matière de radio ou de télévision qui ne seraient pas titulaires d'une autorisation exigée par

³²⁹⁸ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-10. V. P. Huet, « Le référé administratif dans le domaine de la communication audiovisuelle », Recueil Dalloz 1990 p. 104.

³²⁹⁹ V. Conseil d'État, 19 mars 2003, Société Métropole Télévision M6, n° 204515.

³³⁰⁰ Aujourd'hui la rédaction de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 prend en compte cette difficulté.

la loi ou n'auraient pas passé une convention requise par celle-ci ; que loin de restreindre la portée de l'article 42-10 dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 1989, l'article 82 de la loi du 9 juillet 2004 a entendu au contraire l'étendre pour permettre, selon une procédure d'urgence visant les opérateurs de satellite, de faire cesser les manquements aux principes essentiels posés par la loi du 30 septembre 1986 imputables à des chaînes non européennes utilisant la capacité satellitaire de ces opérateurs »³³⁰¹. De surcroît, les deux procédures — de sanctions par le C.S.A. et de référé devant le juge — peuvent se cumuler, le Conseil d'État estimant que le but des mesures conservatoires n'est pas un but répressif³³⁰².

1141. Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut ainsi demander au juge d'enjoindre l'arrêt de la diffusion d'une chaîne diffusant des propos antisémites³³⁰³. De même, ce pouvoir peut-il permettre à l'autorité administrative d'accroître l'autorité de ses décisions, le Conseil d'État ayant jugé que ce pouvoir peut être utilisé pour forcer les opérateurs à obéir à une de ses décisions, de réaménagement des fréquences³³⁰⁴. Enfin, le but de ce pouvoir n'étant pas répressif, il n'est pas soumis au principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère. Cette rétroactivité avait été contestée par la société Al Manar, car le législateur s'était en effet empressé de prendre une disposition permettant de mettre fin à la diffusion de cette chaîne. Le Conseil juge que cette disposition est d'application immédiate et n'enfreint pas le principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère car le pouvoir du juge a pour objet, non pas la répression, mais « la prévention de la survenance ou de la réitération d'une atteinte aux principes essentiels que doit respecter un service de communication audiovisuelle »³³⁰⁵.

1142. Toutefois, ce pouvoir est limité par certaines garanties. Le juge a précisé que ce pouvoir était encadré par une condition substantielle ainsi que par une garantie procédurale. Le Conseil d'État a ainsi été amené à juger que le pouvoir du juge des référés dans ce cadre « ne saurait aller jusqu'à prescrire à un éditeur ou diffuseur de services des mesures lui enjoignant de se conformer à des obligations dont le fait générateur ne s'est pas encore concrétisé à la date où, statuant en référé, il met en œuvre les pouvoirs qu'il tient de la loi, faute que se trouve établie en pareil cas l'existence d'un manquement auquel il importerait de mettre fin ou de supprimer les effets »³³⁰⁶. Les pouvoirs du président de la section du contentieux sont donc soumis à la réalisation du manquement.

³³⁰¹ V. Conseil d'État, ord. 13 décembre 2004, président du C.S.A. c. Société Eutelsat, req. n° 274757, Recueil Lebon p. 456.

³³⁰² V. Conseil d'État, ord. 13 décembre 2004, président du C.S.A. c. Société Eutelsat, req. n° 274757, Recueil Lebon p. 456.

³³⁰³ V. Conseil d'État, ord. 13 décembre 2004, président du C.S.A. c. Société Eutelsat, req. n° 274757, Recueil Lebon p. 456.

³³⁰⁴ V. Conseil d'État, ord., 27 mars 2003, CSA c. Société Métropole Télévision [M6], n° 254736, Recueil Lebon p. 153 (Gazette du Palais, 22 janvier 2004 n° 22, p. 33, note P. Noguier, J.-P. Frédéric) ; Conseil d'État, ord., 27 mars 2003, CSA c. Société TF1, req. n° 254737, inédit : « Considérant que le manquement par T.F.1 aux obligations qui résultaient pour elle de cette décision prise conformément aux dispositions de la loi du 30 septembre 1986 et pour leur application étant ainsi établi, et ce manquement compromettant la bonne exécution des missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel, il y a lieu d'enjoindre à la société T.F.1 de se conformer à la décision du 20 avril 2002 ». J.-P. Thiellay, « Le Conseil d'État valide la démarche du CSA pour la mise en place de la télévision numérique terrestre », AJDA 2003 p. 1454.

³³⁰⁵ V. Conseil d'État, ord., 20 août 2004, président du C.S.A. c. Société Eutelsat, n° 269813, Recueil Lebon p. 357.

³³⁰⁶ V. Conseil d'État, Président de la section du contentieux, 19 juillet 2006, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Saprodif, n° 294663. V. E. Guillaume, C. Beaugonin, Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, n° 225.

1143. De surcroît, l'exercice de cette compétence est soumis au respect de la publicité de la séance. En effet, « eu égard à la nature des pouvoirs ainsi conférés au président de la section du contentieux du Conseil d'État, les dispositions de l'article 66 (1er) de l'ordonnance du 31 juillet 1945 relatif au caractère public des séances de jugement doivent être regardées comme applicables aux ordonnances du président de la section du contentieux du Conseil d'État prises en application des dispositions précitées de l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986 ; qu'il résulte des mentions de l'ordonnance contestée que celle-ci n'a pas été rendue à l'issue d'une séance publique ; que par suite le recours de la société « La Cinq » est recevable »³³⁰⁷.

1144. Il s'agit donc d'un pouvoir extrêmement efficace, mais le Conseil d'État en contrôle la portée. Les autres autorités sectorielles disposent en propre du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires.

B — Le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires

1145. Le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires est encadré de garanties minimales. Néanmoins, et malgré le peu de jurisprudence dont on dispose, on peut constater qu'ici le fait d'avoir transféré ce contentieux au juge judiciaire amenuise les garanties des administrés.

1146. Les textes législatifs imposent qu'avant de prononcer les mesures en question, l'autorité ait « entendu les parties en cause »³³⁰⁸ et, en outre, ces mesures doivent être « strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence »³³⁰⁹. La Cour de cassation a précisé que si la demande de mesures conservatoires doit être accompagnée ou précédée d'une saisine au fond de l'ARCEP en règlement d'un différend, la loi ne comporte aucune restriction quant aux pratiques dont peut être valablement saisie l'ARCEP en vue du prononcé de mesures conservatoires³³¹⁰. À la lecture de cet arrêt, il est possible de conclure que les conditions qui président au prononcé de mesures conservatoires sont donc de deux types : procédurales en application des dispositions législatives, elles imposent que les parties soient au minimum entendues ; substantielles, elles requièrent la saisine au fond de l'autorité³³¹¹.

1147. En regard, le juge administratif encadre plus strictement le prononcé de mesures conservatoires en leur appliquant les dispositions protectrices des lois du 12 avril 2000 et du 11 juillet 1979. Le Conseil d'État a, ainsi, jugé que les mesures conservatoires prononcées par

³³⁰⁷ V. Conseil d'État, 25 novembre 1994, société La Cinq, n° 110810, inédit.

³³⁰⁸ V. l'article L. 36-8 du CPCE ; V. article L. 38-I, §3 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

³³⁰⁹ V. l'article L. 36-8 du CPCE. L'Autorité rappelle d'ailleurs cette exigence et la fait respecter. Elle rappelle ainsi que les demandes de mesures conservatoires « doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence et à la préservation des intérêts de la partie demanderesse, sans affecter de manière excessive les prérogatives de la partie en cause » (décision n° 03-1278, 2 déc. 2003). V. la décision de rejet (Décision n°00-0515 du 30 mai 2000). V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), n° 91 in Répertoire Dalloz de contentieux administratif ; S. Jacquier, W. J. Maxwell, « Pouvoir de l'ARCEP d'ordonner des mesures conservatoires dans le cadre d'un règlement des différends (commentaire de l'arrêt de Cass. com., 12 déc. 2006, Sté France Télécom c/ SA Western Télécom) », Communication Commerce électronique n° 10, octobre 2007, étude 25.

³³¹⁰ V. Cour de cassation, com., 12 décembre 2006, n° 05-19610.

³³¹¹ V. X. Delpech, « Pas d'obstacle aux pouvoirs de l'ARCEP de prendre des mesures conservatoires », Dalloz actualité 05 janvier 2007.

la Commission de contrôle des assurances, qui doit être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 1^{er} de la Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, sont soumises au principe du contradictoire en vertu des dispositions de l'article 24 de cette loi³³¹². Ces dispositions donnent dès lors droit à toute personne visée par une mesure conservatoire de pouvoir présenter ses observations écrites et à sa demande, de manière orale. Elle peut aussi bénéficier de l'assistance d'un conseil ou se faire représenter par un mandataire. Dans le même arrêt le Conseil d'État juge que les mesures conservatoires de cette même autorité doivent être considérées comme des mesures de police, soumises en tant que telles à l'obligation de motivation en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979³³¹³.

1148. De surcroît, pour le Conseil d'État, la mention dans la loi de ce que l'entreprise visée par la mesure a le droit de présenter ses observations, constitue un rappel des droits de la défense et ne constitue pas dès lors une « procédure contradictoire particulière » au sens du 3^o du deuxième alinéa de l'article 24 de la loi 12 avril 2000, qui permettrait de faire échec à l'application des garanties du contradictoire fournies par cette même loi³³¹⁴. Aussi, les règles instaurées par cette loi s'appliquent-elles.

1149. Ici, les protections fournies par l'ordre administratif sont plus complètes que celles qu'impose le juge judiciaire, même si la rareté des décisions rend toute généralisation trop tranchée, fragile.

À côté, de ces pouvoirs le législateur a aussi pu aménager des procédures accélérées pour faire face à l'urgence.

C — Les procédures accélérées et leur encadrement

1150. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel dispose, à côté du pouvoir de sanction normal, toujours précédé d'une mise en demeure et du pouvoir de recourir au juge administratif pour faire face à l'urgence, de la compétence pour « ordonner l'insertion dans les programmes d'un communiqué dont il fixe les termes et les conditions de diffusion »³³¹⁵.

1151. Le Conseil d'État a été saisi d'une décision mettant en œuvre cette procédure, la société requérante demandant à la haute juridiction de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité pour vérifier la conformité de cette disposition à la Constitution. Le Conseil d'État rejeta cette demande au motif que la question n'était ni nouvelle, ni sérieuse. Mais dans un considérant, explicite les garanties qui s'attachent à la

³³¹² V. Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O.R.F. n° 88 du 13 avril 2000 page 5646, texte n° 1). V. Conseil d'État, 12 juin 2002, Caisse de décès « Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine », n° 240741, Recueil Lebon Tables p. 593 (« Considérant, en premier lieu, que la commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, qui doit être regardée comme une « autorité administrative » au sens de l'article premier de la loi du 12 avril 2000, est soumise aux prescriptions de l'article 24 de cette dernière loi ; Considérant, en deuxième lieu, que les mesures conservatoires prises en application de l'article L. 510-8 précité du code de la mutualité constituent des mesures de police administrative qui doivent être motivées en application de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 »).

³³¹³ V. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (JORF du 12 juillet 1979 page 1711).

³³¹⁴ V. Conseil d'État, 30 janvier 2008, Société laboratoires Mayoly Spindler, n° 297828 (concernant une sanction du Comité économique des produits de santé).

³³¹⁵ V. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-4.

mise en œuvre de cette procédure³³¹⁶. La loi était pour le moins peu disert concernant les garanties des chaînes susceptibles de se voir adresser une telle injonction, tout au plus précisait-elle que les intéressés peuvent présenter leurs observations dans un délai de deux jours francs. Le Conseil d'État précise d'abord que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut mettre en œuvre cette procédure qu'après avoir constaté un manquement aux obligations qui incombent aux éditeurs de service audiovisuel. Cette précision semble évidente, elle implique l'existence d'une infraction aux textes qui régissent l'activité de ces entreprises. Alors que dans le cadre de la procédure de sanction classique, la répression a pour fondement le non-respect d'une mise en demeure, ici l'infraction doit être déjà définie. Au niveau procédural, le Conseil d'État procède à une réserve d'interprétation constructive qui permet d'éclairer la décision du Conseil qui n'était pas très claire concernant les garanties applicables dans ce cas, la procédure de l'article 42-4 de la loi du 30 septembre 1986. Le Conseil avait en effet considéré que : « s'agissant de manquements à des obligations attachées à une autorisation administrative et eu égard aux garanties prévues, qui sont d'ailleurs également applicables aux pénalités contractuelles et à la sanction susceptible d'être infligée en vertu de l'article 42-4, les articles 42-1 et 42-2 ajoutés à la loi du 30 septembre 1986 par l'article 19 de la loi déferée, ne sont pas contraires, dans leur principe, aux articles 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »³³¹⁷. Ce considérant lapidaire concernant les garanties de l'article 42-4 avait l'air de soumettre au même régime l'ensemble des procédures de sanction et particulièrement celle de l'article 42-4. Or, il n'en est rien dans la loi qui ne prévoit que la possibilité d'entendre la personne poursuivie. Aussi, le Conseil d'État explicite-t-il ce considérant que « ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de dispenser le Conseil supérieur de procéder à cette constatation [de manquement] dans le respect des droits de la défense, qui implique, même dans le cas où la procédure de sanction prévue à l'article 42-7 n'a pas été mise en œuvre, que l'éditeur ait été mis à même tant d'avoir accès au dossier le concernant que de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés, en disposant à cette fin d'un délai suffisant eu égard à la nature des griefs ; que le délai de deux jours francs prévu par les dispositions ultérieurement ajoutées à l'article 42-4 ne concerne que les observations que l'intéressé peut présenter sur le contenu et les conditions de diffusion du projet de communiqué que le Conseil supérieur de l'audiovisuel lui a fait connaître »³³¹⁸.

1152. Cette procédure doit donc respecter les droits de la défense, lesquels impliquent classiquement la possibilité pour la personne poursuivie d'avoir accès à son dossier, c'est-à-dire à l'ensemble des éléments à charge retenus contre elle, ainsi de disposer d'un délai suffisant pour pouvoir présenter ses observations.

1153. Les procédures plus expéditives bénéficient donc, elles aussi, de certaines garanties, même si elles sont amoindries pour tenir compte de l'urgence.

En plus des pouvoirs importants dont les autorités sectorielles disposent pour faire face à l'urgence — en propre ou en recourant au juge — elles disposent aussi d'un pouvoir d'injonction.

³³¹⁶ V. Conseil d'État, 18 juin 2010, Société Canal +, n° 338344 QPC, mentionné aux tables : La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, n° 1, note L. Calendri.

³³¹⁷ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, préc., cons. 32.

³³¹⁸ V. Conseil d'État, 18 juin 2010, Société Canal +, n° 338344 QPC, préc..

II — Les injonctions

Les injonctions que peuvent prononcer les autorités sectorielles sont de deux types. D'une part, il y a des injonctions qui sont des préalables à la mise en œuvre d'une procédure répressive, il s'agit des mises en demeure qu'elles doivent prononcer avant toute sanction. D'autre part, ces autorités sont aussi dotées d'un pouvoir d'injonction définitif, qui ne peut s'analyser comme un préalable à une procédure répressive. Les deux types de mesures obéissent à des régimes distincts.

A — Le prononcé des mises en demeure

1154. Au niveau des principes de fond, la base légale de la mise en demeure est l'existence d'une infraction aux lois et règlements qui pourra, le cas échéant, donner lieu à une sanction. Ce dispositif, issu de la prise en compte par le Conseil d'État de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel sur les pouvoirs du C.S.A., fait de la mise en demeure le « Code pénal » des autorités sectorielles.

1155. Mais ce mécanisme implique que les autorités ne peuvent sanctionner que des infractions présentes, en cours. La mise à jour d'infractions passées ne peut donner lieu qu'à une décision de non-lieu. C'est ce que l'on constate dans une décision de l'A.R.C.E.P., saisie en septembre 2008 par une association représentant les intérêts des opérateurs alternatifs de pratiques mises en œuvres par l'opérateur historique et mises en évidence dans les comptes de celui-ci pour 2006 et 2007. Au cours de l'instruction, France Télécom a décidé de modifier et d'abaisser son offre si bien que l'Autorité a clos la procédure engagée contre elle³³¹⁹. Mais, si l'on suit la lettre de l'article 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, l'A.R.C.E.P. n'aurait pas pu sanctionner France Télécom car elle aurait dû d'abord mettre en demeure cette société de se conformer à ses obligations, ce qu'elle a fait en cours de procédure ; il n'y a donc pas lieu à mise en demeure et à sanction³³²⁰. Par conséquent, la mise en demeure ne peut appréhender que des infractions en cours ou futures — et la sanction ne réprimer qu'une réitération.

1156. Au titre des garanties substantielles, le Conseil d'État a aussi ajouté que les mises en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel doivent être proportionnées à la nature et à la gravité des manquements contactés³³²¹, ainsi qu'à l'atteinte aux droits et libertés³³²².

³³¹⁹ V. A.R.C.E.P., Communiqué de presse, 10 septembre 2009, Saisine de l'AFORST contre France Télécom : l'ARCEP prend une décision de non-lieu à poursuivre l'instruction, clôturant ainsi la procédure initiée par l'AFORST.

³³²⁰ V. aussi Conseil d'État, 19 janvier 2009, Société Saint-Martin câble TV FWI, n° 301148. Dans cet arrêt le juge rappelle que l'A.R.C.E.P. ne peut prononcer une sanction contre un opérateur que si celui-ci ne s'est pas conformé à ses obligations. Or, en l'espèce, après avoir été mises en demeure de régulariser leur situation, les sociétés en cause ont obtempéré et ont déclaré leur activité, carence qui leur était précisément reprochée. Le juge conclut donc « qu'ainsi, le directeur des services de l'Autorité n'a pas commis d'erreur de droit en classant sans suite les plaintes dont il était saisi ».

³³²¹ V. Conseil d'État, ord., 3 mars 2005, Société Eutelsat, n° 277736.

³³²² V. Conseil d'État, 16 mars 2011, Société TF1, n° 334289, R.F.D.A. 2011, n° 3, p. 640. Dans cet arrêt le Conseil d'État devait contrôler la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression (protégée par l'article 10 de la C.E.S.D.H.L.F.) d'une mise en demeure du C.S.A. L'article 10 permet de porter atteinte au droit à la liberté d'expression pour protéger les droits d'autrui. Le Conseil d'État juge à cette occasion que l'interdiction faite par le C.S.A. « de diffuser, sans l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale, une émission à laquelle participe

1157. Les mises en demeure étant le préalable à une procédure de sanction n'ont pas à être précédées d'une procédure contradictoire. Le Conseil d'État considère en effet que la mise en demeure se distingue de la sanction et permet justement d'engager la procédure au cours de laquelle la personne soupçonnée va pouvoir présenter ses arguments. Aussi, la mise en demeure elle-même, n'a-t-elle pas à être précédée d'une procédure contradictoire³³²³. En procédure administrative, la mise en demeure est considérée justement comme une garantie procédurale, première étape permettant d'organiser le respect des droits de la défense en interpellant l'administré et en l'invitant à présenter ses observations³³²⁴. Il est donc logique qu'elle n'ait pas elle-même à être précédée d'une procédure respectueuse des droits de la défense ; le Conseil d'État ayant d'ailleurs affirmé qu'une telle mesure ne pouvait constituer une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³³²⁵.

1158. Le pouvoir de mettre en demeure un opérateur avant d'engager une procédure de sanction s'insère donc dans un cadre répressif. Les autorités sectorielles disposent, à côté de ce pouvoir, d'un pouvoir d'injonction, dont l'objet est de corriger les comportements des opérateurs.

B — Le prononcé d'une injonction

1159. Les autorités sectorielles disposent d'un pouvoir d'injonction pour, par exemple, intervenir de leur propre chef dans les contrats lorsque ceux-ci ne respectent pas les obligations légales et réglementaires qui s'imposent au secteur. Ce pouvoir est encadré de très peu de garanties dans les textes. La jurisprudence impose en revanche l'observation d'un minimum de principes de fond et de procédures.

1160. Le prononcé des injonctions est encadré, par les textes, de garanties essentiellement substantielles, transposées du droit de l'Union européenne (les injonctions doivent être imposées de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée), et procédurales, par certaines consultations obligatoires³³²⁶. Cette consultation concerne deux

un mineur en situation difficile dans sa vie privée » relève de la protection des droits d'autrui. Le Conseil ajoute que « la circonstance que cette règle s'impose même dans les cas où l'identité du mineur serait dissimulée, ne constitue pas, au regard de la nécessité de la protection de l'enfance et de l'adolescence une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression en l'absence d'un motif d'intérêt général susceptible de justifier que l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ne soit pas recueillie ». V. La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, n° 3 note J. Saint Laurent.

³³²³ V. Conseil d'État, ord., 3 mars 2005, Société Eutelsat, n° 277736.

³³²⁴ V. sur ce point, B. Seiller, Acte administratif (II — Régime), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 446.

³³²⁵ V. Conseil d'État, 30 décembre 2002, Société Vortex, n° 236826 : « Considérant, d'une part, que la mise en demeure adressée (...) à la Société Vortex (...), n'a pas le caractère d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la requérante ne peut dès lors utilement invoquer la méconnaissance ; que, d'autre part, eu égard à son objet et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires expresses, une telle mise en demeure n'est soumise à aucune procédure préalable ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les droits de la défense de la société requérante auraient été méconnus, faute pour la décision attaquée d'avoir été précédée d'une procédure contradictoire doit être écarté ».

³³²⁶ V. article L. 38-I-a du CPCE. Le site de l'Association en question mentionne toute l'insatisfaction quant au résultat : « L'AFORST prend acte de cette décision et constate avec intérêt que l'instruction menée par l'ARCEP a conduit cette dernière à établir formellement l'existence d'écarts significatifs entre les coûts et les tarifs pratiqués par France Télécom sur certains marchés de gros, confirmant par là même la légitimité de la procédure

grands types d'acteurs : les opérateurs du marché (par le moyen d'une consultation publique) et certaines autorités publiques (l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne ainsi que les autorités compétentes des autres États membres). Les textes prévoient aussi la motivation de la décision³³²⁷.

1161. Le contentieux des injonctions des autorités sectorielles est quasiment inexistant et, quand il existe, il ne manifeste pas de spécificité particulière par rapport au contentieux des décisions administratives. Ainsi le Conseil d'État, saisi d'une décision de l'A.R.C.E.P. enjoignant à France Télécom de modifier les tarifs de son offre de référence, va contrôler cette décision au regard uniquement du principe de légalité et annule la décision au motif qu'elle n'a pas respecté les règles qu'elle avait précédemment fixées³³²⁸. Le contrôle de cette injonction est donc uniquement exercé en la rapprochant de sa base légale. Mais la société requérante n'invoquait aucune atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Dans le contentieux des concentrations, lorsque le juge administratif apprécie l'effet d'une injonction sur les libertés publiques et notamment la liberté du commerce et de l'industrie, il exerce un contrôle normal sur le caractère excessif de l'atteinte à cette liberté³³²⁹, car, explique le commissaire Jacques-Henri Stahl, « l'autorité administrative agissant dans ce cadre ne peut légalement prendre de mesure qui excède ce qui est nécessaire au rétablissement d'une concurrence suffisante »³³³⁰. L'injonction doit donc être contrôlée en utilisant le principe de proportionnalité.

1162. Au niveau des garanties procédurales et en procédant par analogie, il est possible d'affirmer que ces injonctions sont soumises au respect du contradictoire. Le Conseil d'État a ainsi jugé, mais implicitement, qu'une injonction de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ayant respecté le principe du contradictoire, ce moyen ne pouvait prospérer³³³¹. Implicitement, mais nécessairement, le Conseil d'État contrôle le respect du contradictoire avant le prononcé d'une injonction. Le respect du contradictoire pourrait aussi bénéficier du fondement législatif qu'offre la loi du 12 avril 2000. Pour appliquer ce principe aux mesures conservatoires de la Commission de contrôle des assurances, le juge administratif n'a eu qu'à qualifier cette autorité d'autorité administrative au sens de l'article 1^{er} de cette loi. À n'en pas douter, les autorités sectorielles remplissent ce critère³³³².

initiée par l'AFORST (...) ce contentieux montre toutes les limites de la régulation actuelle qu'il convient de réviser au plus vite ».

³³²⁷ V. articles L34-8-I et L. 36-8 du C.P.C.E. ; l'article 23 de la loi du 10 février 2000 confère un droit d'accès et énonce de manière limitative les motifs de refus. Le refus d'accès peut donner lieu à une injonction de la C.R.E. mais qui s'exercera dans les conditions de la procédure répressive prévue à l'article 40. C'est ce que l'on constate dans une mise en demeure du 7 septembre 2005 de GAZELEC de Péronne de se conformer aux obligations d'accès au réseau prescrites par l'article 23 de la loi du 10 février 2000.

³³²⁸ V. Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, préc..

³³²⁹ V. Conseil d'État, Sect., 9 avril 1999, The Coca-Cola Company, n° 201853, Lebon. 119, AJDA 1999 p. 611, note M. Bazex et B. Thiry ; D. 2000. Jur. 157, note A. Troianiello ; RTD Com. 1999 p. 855 note G. Orsoni ; RFDA 1999. 777, concl. J.-H. Stahl.

³³³⁰ V. J.-H. Stahl, « Le contrôle des concentrations économiques — Conclusions sur Conseil d'État, Section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company », RFDA 1999 p. 777.

³³³¹ V. Conseil d'État, 7 juin 1995, Caisse régionale de Crédit Agricole de la Dordogne, n° 148659, AJDA 1996 p. 162. V. sur ce point les développements d'A. Perrin in L'injonction en droit public français, préc., p. 690, n° 853.

³³³² V. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, préc.. V. Conseil d'État, 12 juin 2002, Caisse de décès « Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine », n° 240741, Recueil Lebon Tables p. 593 (« Considérant, en premier lieu, que la commission de

Conclusion du § 3

Les autorités sectorielles ont à leur disposition au moins deux procédés juridiques permettant de corriger le comportement des opérateurs qu'elles ont la charge de surveiller. Elles jouissent ainsi de pouvoirs pour faire face à l'urgence (sous la forme de mesures conservatoires ou encore en faisant appel au juge des référés du Conseil d'État) ainsi que de pouvoirs d'injonctions. Ces dernières mesures s'insèrent soit dans un processus répressif soit s'affirment comme un pouvoir propre, leur permettant de rétablir une situation.

Le régime juridique de ces différentes mesures est certes divers, mais la jurisprudence est venue préciser les garanties qui, en dehors des textes, pouvaient s'appliquer. Ici encore, le dualisme juridictionnel ne facilite pas l'homogénéité du régime. Au contraire, les mesures conservatoires étant souvent du ressort du juge judiciaire, celui-ci n'applique pas les protections législatives issues des lois du 12 avril 2000 et du 11 juillet 1979.

Ainsi, ces mesures sont encadrées de garanties substantielles et procédurales minimums pour leur conserver toute leur efficacité.

Conclusion sur la Section 1

La France a donc connu un mouvement très net de juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités administratives indépendantes, lequel a eu un effet important sur les autorités sectorielles. Ces autorités sectorielles, et notamment le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ont été à l'origine de l'encadrement constitutionnel de la fonction administrative répressive qui s'est traduit essentiellement par l'édiction de principes substantiels.

Mais l'évolution qui a eu l'impact le plus décisif sur la fonction contentieuse dans son ensemble (à la fois la fonction répressive et celle de règlement des différends), est celle qu'a initiée le juge judiciaire en s'appuyant sur le droit au procès équitable reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cette évolution a entraîné une séparation de la fonction de décision contentieuse au sein des autorités administratives indépendantes.

Les autorités sectorielles, sans que rien ne le leur impose — puisque le contrôle de leur pouvoir répressif dépend du Conseil d'État et que le contrôle de la fonction de règlement des différends, du ressort du juge judiciaire, n'a pas manifesté de la part de ce juge un activisme particulier dans le respect d'une procédure stricte — se sont imposé le respect de la

contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, qui doit être regardée comme une "autorité administrative" au sens de l'article premier de la loi du 12 avril 2000, est soumise aux prescriptions de l'article 24 de cette dernière loi »). Force est toutefois de constater que le raisonnement du Conseil n'est pas complètement rigoureux ici, puisque l'article 24 de la loi pose un autre critère à l'application des protections qu'il contient : il faut, en plus du critère organique de l'article 1^{er} que la décision en question soit une décision soumise à l'obligation de motivation en vertu des articles 1^{er} et 2 de la Loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Mais dans le considérant suivant, il affirme que la décision est bien une mesure de police soumise à cette obligation. Ces dispositions ne sont pas applicables aux recommandations que prononce la HADOPI car ces « recommandations ... sont indissociables d'une éventuelle procédure pénale conduite ultérieurement devant le juge judiciaire, à l'occasion de laquelle il est loisible à la personne concernée de discuter tant les faits sur lesquelles elles portent que sur leur envoi » (Conseil d'État, 19 octobre 2011, French Data Network, n° 342405).

jurisprudence judiciaire en la matière. Parfois, le législateur est venu conforter cette approche. Les rapports parlementaires, notamment le rapport Gélard, puis la loi réformant la Commission de régulation de l'énergie et créant une commission chargée des fonctions de sanction et de règlement des différends, ont accrédité encore davantage la nécessité de respecter les exigences du procès équitable dès la phase administrative, marginalisant de fait la conception du Conseil d'État, plus pragmatique et aussi plus en harmonie avec la pratique européenne.

En droit interne français, le régime juridique de la fonction contentieuse des autorités sectorielles a donc subi une juridictionnalisation. Au niveau du pouvoir répressif, les autorités sectorielles ont subi le même mouvement général qu'a connu l'ensemble de la répression administrative, même si, plus visibles, ces instances ont davantage focalisé l'attention. Les critères dégagés par les juges constitutionnel et européen concernent en effet l'ensemble de la répression, le statut de l'autorité n'important aucunement. Tout au plus, lorsque celle-ci est une juridiction administrative, comme l'ancienne Commission bancaire, risque-t-elle davantage de subir la censure strasbourgeoise si sa procédure n'est pas conforme aux canons du procès équitable. Mais les autorités dotées d'un pouvoir répressif contrôlées par le juge judiciaire ont subi un mouvement plus accusé encore, ce juge appliquant de manière plus stricte les principes issus du droit pénal ou du code de procédure civile. C'est pourquoi les autorités sectorielles se trouvent, quant à l'exercice de leur pouvoir répressif, davantage libres. Mais leur pouvoir de règlement des différends est lui contrôlé par la Cour d'appel de Paris, ce qui explique l'adoption de procédures plus rigoureuses et respectueuses des droits des administrés.

Comment, à présent, peut-on expliquer les divergences que l'on observe entre la France et le Royaume-Uni ?

Section 2 — *L'explication des différences entre la France et le Royaume-Uni*

La France et le Royaume-Uni ont donc choisi deux modèles différents. Le Royaume-Uni est resté à cet égard plus fidèle aux canons traditionnels du droit administratif, qui privilégie le caractère plus informel des procédures administratives³³³³.

Pour comprendre cette différence, il faut mobiliser un certain nombre de facteurs permettant de rendre compte de ces évolutions. Parmi ceux-ci, il faut distinguer les facteurs directs, immédiats (I) des facteurs plus profonds, tenant aux conceptions nationales de l'Administration (II).

I — L'explication juridique directe : la fin du légicentrisme en France

1163. L'évolution du droit français de la procédure administrative est en effet une conséquence de la fin du légicentrisme qui caractérisait l'attitude du juge jusque dans les années quatre-vingt-dix. Certes, le juge judiciaire avait, dès 1975³³³⁴, affirmé la supériorité définitive du traité international sur la loi, même postérieure ; mais ce changement n'interviendra, pour l'ordre administratif, qu'en 1989³³³⁵, entraînant pour Jean Sirinelli une « réfection » du droit administratif national, à la fois par la transformation de la légalité administrative et par l'évolution du contrôle de celle-ci³³³⁶. Ainsi, les juges ont pu, en France, se servir de manière croissante des instruments internationaux pour faire évoluer les sources de la procédure d'édiction des actes administratifs³³³⁷.

³³³³ Il ne faut pas entendre ici informel au sens où l'emploie Y. Gaudemet quand il analyse les procédures administratives informelles. Il s'agit tout au plus ici d'un degré moindre de formalisme par rapport aux procédures juridictionnelles (V. Y. Gaudemet, « Les actions administratives informelles, Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N° 2. Avril-juin. pp. 645-654).

³³³⁴ V. Cour de cassation, Ch. mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, D. 1975.497, concl. Touffait ; Gaz. Pal. 1975.2.470, concl. et note R.C. ; AJ 1975.567, note Boulouis ; JDI 1975.802, note Ruzié ; Rev. crit. DIP 1976.347, note J. Foyer et D. Holleaux ; RGDIP 1976.690, obs. C. Rousseau ; Cah. dr. eur. 1975.655, note Kovar ; Rev. Marché Commun, sept. 1975, comm. Druesne.

³³³⁵ V. Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. 190, concl. Frydman (concl. Frydman, JCP 1989.II.21371, RFDA 1989.812, RTDE. 1989.771, RGDIP 1989.1041, Rev. crit. DIP 1990.125 ; RUDH 1989.262 ; Gaz. Pal. 12-14 nov. 1989, obs. Chabanol ; RJF 1989.656, note ; AJ 1989, chr. Honorat et Baptiste, 756, et note Simon, 788 ; RFDA 1989.824, note Genevois, 993, note Favoreu, 1000, note Dubouis ; RFDA 1990.267 obs. Ruzié ; LPA 15 nov. 1989, note Gruber, 11 déc. 1989, comm. Lebreton, 7 févr. 1990, Comm. Flauss ; JCP 1990.I.3429, Comm. Calvet ; Vie jud. 29 janv.-4 févr. 1990, comm. Foyer ; RTDE 1989.787, note Isaac ; D. 1990, chr. Kovar, 57, et note Sabourin, J. 135 ; JDI, 1990.5. chr. Dehaussy ; RGDIP 1990.91, note J. Boulouis, Rev. crit. DIP 1990.139, note Lagarde ; Rev. Marché commun, 1990.384, note Lachaume ; RD publ. 1990.801, note Touchard ; AFDI 1989.91, comm. Rambaud). V. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 189.

³³³⁶ V. J. Sirinelli, Les transformations du droit administratif par le droit communautaire : une contribution à l'étude du droit administratif européen, Thèse dactyl., Paris II, 2009.

³³³⁷ V. l'analyse de B. Giorgio Mattarella, « The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts », chap. 4, in E. Chiti, B. G. Mattarella (eds.), Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison, Springer, 2011. V. aussi l'analyse comparative de la manière dont le juge anglais et le juge français se sont saisis de la Convention européenne de

1164. À cette raison tirée du droit international, il faut ajouter la constitutionnalisation de l'ordre juridique français. Le régime de la sanction administrative a, depuis les années 1980, un rang constitutionnel et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ne manquera pas d'avoir une incidence profonde, même si elle est encore incertaine, sur l'exercice de la fonction contentieuse des autorités administratives³³³⁸.

1165. Or, au Royaume-Uni, le dogme de la souveraineté du Parlement n'est toujours pas entamé et constitue le principe central de la Constitution non écrite britannique³³³⁹. Le dualisme qui caractérise l'ordre juridique anglais empêche l'invocation des normes internationales non transposées lors d'un litige. En outre, la transposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en droit anglais par le Human Rights Act, qui rend désormais ce traité invocable, ne permet tout de même pas d'écarter la loi contraire. Les juges doivent interpréter la loi de manière à la rendre compatible avec la loi de 1998 sur les droits de l'homme. Ils ne peuvent pas l'écarter. Lorsque l'incompatibilité ne peut être résolue par l'interprétation, les juges ne peuvent qu'émettre une déclaration d'incompatibilité, qui renvoie au législateur le soin de résoudre la difficulté, mais en aucun cas ils ne peuvent écarter l'application de la loi, qui reste souveraine³³⁴⁰. Seul le droit de l'Union européenne bénéficie d'une force supérieure à la loi dans l'ordre juridique anglais, depuis la décision *Factortame*³³⁴¹. Ce compromis est caractéristique, pour certains auteurs, de la manière dont évolue la « Constitution » britannique, à partir d'évolutions lentes³³⁴² et, peut-être, dans l'avenir, de retours en arrière.

À ces raisons, tenant au fond du droit, il faut ajouter des explications plus profondes tenant au rôle de la doctrine, de la jurisprudence et, surtout, à la manière dont chaque pays articule la relation du droit et de l'Administration.

sauvegarde des droits de l'homme : M. Andenas, E. Bjorge, « Juge national et interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2011, n° 4, p. 997. M. Andenas et E. Bjorge concluent que le juge français adopte résolument une démarche évolutive dans l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme alors que le juge anglais est plus prudent.

³³³⁸ V. F. Stasiak, « Les incidences des évolutions constitutionnelles sur la sanction des délits et manquements boursiers », *Revue Lamy Droit Des Affaires*, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 26 ; E. Dreyer, « Les incidences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur la peine », *Revue Lamy Droit Des Affaires*, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 39 ; J.-L. Fourgoux, « L'incidence des évolutions constitutionnelles européennes sur la matière pénale : les enquêtes de concurrence », *Revue Lamy Droit Des Affaires*, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 49.

³³³⁹ V. sur la notion de constitution jurisprudentielle : D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., Coll. *Leviathan*, 2008, pp. 151 suiv..

³³⁴⁰ Nous nous opposons sur ce point à la thèse de Aurélie Duffy qui voit ici une diminution de la souveraineté parlementaire, mais elle inclut dans ce développement le droit européen : V. La protection des droits et libertés au Royaume-Uni : recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, Fondation Varenne, L.G.D.J., Collection des Thèses, n° 8, spéc. pp. 403 suiv..

³³⁴¹ V. *Regina v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. and Others* (n° 2) [1990] 3 W.L.R. 818 [1991] 1 A.C. 603. V. N. W. Barber, « The afterlife of Parliamentary sovereignty », *Int J Constitutional Law* (2011) 9 (1), pp. 144-154.

³³⁴² V. G. Van der Schyff, *Judicial review of legislation: a comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Netherlands, New York, Springer, 2010, pp. 20-21.

II — Les explications plus profondes : l'influence de la doctrine, de la jurisprudence et des conceptions différentes des relations entre le droit et l'Administration

L'élaboration du droit de la fonction contentieuse est une autre illustration des rapports étroits que doctrine et jurisprudence entretiennent entre elles. La manière dont la collaboration et le dialogue de la doctrine et du juge — pour reprendre les termes de Maryse Deguegue³³⁴³ — s'organisent dans chaque pays permet de rendre compte des différences entre chaque droit administratif national.

Après avoir analysé, dans chaque pays, l'influence de la doctrine (A), il faudra étudier celle de la jurisprudence (B). L'interaction, le dialogue de ces acteurs, a produit dans chaque pays une relation différente du droit et de l'Administration, relation qu'il faudra analyser (C).

A — L'influence de la doctrine

Le discours de la doctrine française, aussi bien privatiste que publiciste, est imprégné de la pensée des droits de l'homme et de l'idée que la fonction contentieuse est au fond un rôle que seule une juridiction peut assumer (1). La doctrine anglaise, elle, regarde depuis toujours les droits de l'homme avec suspicion, et est gagnée par le discours de l'analyse économique du droit (2).

1 — Le discours de la doctrine française : une imprégnation du principe de séparation des fonctions

1166. Malgré toutes les difficultés pour définir ce terme³³⁴⁴, la doctrine française, de droit privé ou de droit public, manifeste d'une part un rejet de la fonction contentieuse de l'Administration et, d'autre part, en raison d'un attachement aux droits de l'homme, une volonté d'étendre l'empire de ceux-ci à l'exercice de la fonction administrative contentieuse. Cette division peut sembler certes artificielle tant, au premier abord, c'est la difficulté à penser la fonction contentieuse en dehors de la juridiction qui prime tout. Elle est néanmoins importante.

1167. Le rejet de la fonction contentieuse de l'Administration par la doctrine publiciste a déjà été évoqué. La « tempête » qui s'est déchaînée contre cette fonction, contre le dépeçage de l'autorité judiciaire, pour reprendre les termes de Marcel Pochard³³⁴⁵ n'est pas pour rien dans le mouvement de juridictionnalisation.

³³⁴³ V. M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 171, 1994.

³³⁴⁴ V. M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, préc., spéc. pp. 16-19 ; É. Millard, « Ce que "doctrine" veut dire », pp. 3-12, in *La doctrine en droit administratif* (colloque de l'A.F.D.A., Litec, Coll. Colloques & débats, tome 26, Litec, 2010. Le mot doctrine ici comprendra aussi, le cas échéant, le juge administratif, lorsque celui-ci fait œuvre de réflexion dans des publications juridiques.

³³⁴⁵ V. M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001 p. 106. V. l'expression de « justice hors du juge » (Rapports de Pierre Delvolvé et J.-M. Leloup au colloque *La justice hors du juge*, Les Cahiers du droit de l'entreprise.).

1168. La doctrine privatiste, de manière très révélatrice, n'est pas en reste, assimilant ces autorités à des « juridictions parallèles »³³⁴⁶ montrant encore, s'il en était besoin, que du côté du droit privé aussi la répression est pensée en rapport avec la juridiction. La pensée des processualistes est à cet égard très éclairante, puisque les manuels majeurs dans cette matière intègrent tous des développements sur les autorités de régulation, les qualifiant, pour Emmanuel Jeuland de « vraies-fausses juridictions », de « quasi-judictions », c'est-à-dire d'« autorités administratives qui ont pour fonction véritable [...] de trancher des litiges », et cet auteur tire justement argument du fait qu'elles se sont imposé les canons du procès équitable, sans que ce soit une exigence expresse de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour fonder son argument³³⁴⁷. On retrouve le même point de vue dans l'ouvrage collectif de Droit processuel qui va jusqu'à critiquer la position du Conseil constitutionnel affirmant que les autorités de régulation sont bien des autorités administratives, préférant au contraire, pour ces auteurs, y voir des juridictions³³⁴⁸. Mais, surtout, la doctrine privatiste du début des années quatre-vingt-dix annonce le revirement de l'arrêt Oury en 1999. Comme l'écrit Claude Ducouloux-Favard, « quelques auteurs avaient donné quelques avertissements »³³⁴⁹. Effectivement, à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix, François Terré³³⁵⁰ et de nombreux autres auteurs avaient émis des critiques quant à la procédure devant l'autorité boursière³³⁵¹, critiques prophétiques puisqu'elles furent entendues par le juge judiciaire, le législateur et les autorités administratives indépendantes elles-mêmes. Malgré la séparation fonctionnelle des activités contentieuses au sein des autorités sectorielles, notamment l'Autorité des marchés financiers, la doctrine privatistes semble ne pas être encore satisfaite appelant à la scission de cette instance, afin d'isoler définitivement la fonction contentieuse³³⁵². Jean-Jacques Daigre affirme ainsi que « la séparation des deux fonctions est un principe absolu » et plaide donc pour la séparation de la Commission des sanctions du collège de l'Autorité³³⁵³.

³³⁴⁶ D. Cohen, Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, thèse Paris II, 1984. V. aussi la thèse de Sylvie Thomasset-Pierre qui compare l'institution de l'administrateur-juge avec le mouvement d'attribution d'un pouvoir répressif aux autorités administratives indépendantes : L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 393, 2003, spéc. pp. 62 suiv..

³³⁴⁷ V. E. Jeuland, Droit processuel, préc., pp. 94-97.

³³⁴⁸ V. S. Guinchard et alii, Droit processuel, préc., pp. 514-515 : « Dès l'origine, le Conseil constitutionnel a refusé de voir en elles des organes juridictionnels. Cette position nous semble critiquable et il paraît bien préférable de voir dans les autorités de régulation ayant un pouvoir de sanction de véritables juridictions, pour des raisons à la fois de théorie juridique et de simplification pratique ». Les arguments avancés tiennent à l'indépendance des ces instances, à leur procédure respectueuse des droits ainsi qu'à la nature des décisions qui sont « de véritables décisions juridictionnelles, puisqu'elles disent le droit à propos d'une contestation ».

³³⁴⁹ V. C. Ducouloux-Favard, « Infractions boursières – Délits et manquements boursiers », n° 7, in JurisClasseur Sociétés Traité.

³³⁵⁰ V. F. Terré, « La réforme de la COB, la confusion des pouvoirs », Vie judiciaire, 7 août 1989, p. 3.

³³⁵¹ V. les références in C. Ducouloux-Favard, « Infractions boursières – Délits et manquements boursiers », n° 7, in JurisClasseur Sociétés Traité.

³³⁵² V. J.-J. Daigre, « Éditorial – Faut-il scinder l'AMF ? », Bulletin Joly Bourse, 1 juillet 2011, n° 7, p. 413, n° 203 ; J.-J. Daigre, « Éditorial – Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions ? », Bulletin Joly Bourse, 1 décembre 2011, n° 12, p. 629.

³³⁵³ V. J.-J. Daigre, « Éditorial – Faut-il scinder l'AMF ? », Bulletin Joly Bourse, 1 juillet 2011, n° 7, p. 413, n° 203. V. aussi M.-A. Frison-Roche, « QPC, autorités de concurrence et de régulation économique : implications institutionnelles », in Question prioritaire de constitutionnalité et droit des affaires, Coll. Université du Maine, Petites affiches, 29 septembre 2011 n° 194, p. 25. Marie-Anne Frison-Roche montre que la séparation peut aboutir à la contradiction à l'intérieur de l'Autorité entre le collège et la Commission des sanctions, contradiction qui serait insupportable.

1169. L'influence de la doctrine, publiciste et privatiste, dans le rapport de Patrice Gélard qui défend une juridictionnalisation des procédures répressives des autorités administratives indépendantes, est à cet égard très nette, puisqu'il est cité dans les travaux parlementaires du Sénat pour justifier la création d'une commission des sanctions indépendantes de la Commission de régulation de l'énergie. Ce rapport, qui porte le nom de ce sénateur, professeur de droit public, a été réalisé par Marie-Anne Frison-Roche, professeur de droit privé, et Jean-Marie Pontier, professeur de droit public, ce dernier étant chargé de la partie comparatiste du travail. Le lien entre la doctrine et la loi est ici très direct.

1170. L'attachement au respect des droits procéduraux est un autre trait marquant de la doctrine française, qui s'explique aussi parce que les procédures répressives et de règlement des différends sont pensées en référence à la procédure juridictionnelle. Cet attachement est ancien,³³⁵⁴ mais les années quatre-vingt-dix sont tout de même marquées par un activisme important, qui va mettre la jurisprudence au premier plan dans la réforme des procédures devant les autorités administratives indépendantes et singulièrement devant les autorités sectorielles.

1171. Mais ces facteurs ne peuvent certainement se comprendre que par rapport à ce que le Conseil constitutionnel a appelé la conception française de la séparation des pouvoirs qui s'est matérialisée dans une séparation des fonctions qui imprègne, comme l'a montré Élisabeth Zoller, l'ensemble du droit français³³⁵⁵. La notion de séparation des fonctions est bien ce qui distingue le droit public français de celui des autres pays, du modèle américain de séparation des pouvoirs ou du modèle anglais : « La conception française de la séparation des pouvoirs consiste à séparer entre toutes les fonctions de l'État, à en remettre l'exercice à des organes distincts et à veiller à ce que chacun s'en tienne à la fonction qui lui est confiée. La grande différence qui la sépare de la conception américaine est celle-ci : l'empiétement d'un organe sur la fonction d'un autre n'est pas réglé par des contre-pouvoirs, mais par des organes indépendants ». Élisabeth Zoller poursuit sa démonstration en montrant l'imprégnation de cette doctrine sur le droit public français, dans les moindres détails, car la notion de séparation des fonctions a été érigée en France en véritable technique juridique, irradiant dans de nombreux domaines : « La technique de la séparation des fonctions comme garantie contre l'abus de pouvoir a été poussée très loin en droit public français ; elle ne se limite pas aux trois fonctions législative, exécutive et judiciaire. On la rencontre aussi à l'intérieur même des fonctions administratives et judiciaires. Par exemple, sont des garanties contre les abus de pouvoir que pourraient commettre les titulaires de certaines fonctions les techniques suivantes : en matière financière, la séparation entre les fonctions d'ordonnateur (celui qui décide de la dépense publique, qui l'engage) et celles de comptable (celui qui la paye) ; en matière de police, la séparation entre les fonctions de police administrative (qui dépendent exclusivement de l'administration) et celles de police judiciaire (qui se déroulent sous le contrôle de la justice parce qu'elles intéressent la liberté individuelle) ; en matière judiciaire, la séparation entre le parquet et le siège (le magistrat qui poursuit ne peut pas juger). Toutes ces techniques sont à des degrés divers des applications des préceptes de Montesquieu, initialement écrits à l'âge monarchique et que le modèle républicain français a en quelque

³³⁵⁴ V. à cet égard les développements consacrés à ce que Mathieu Touzeil-Divina appelle la doctrine « libérale citoyenne » au XIX^e siècle in M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, Éd. la Mémoire du droit, 2009, pp. 182 suiv..

³³⁵⁵ V. É. Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis Droit public, 2006, pp. 202 suiv..

sorte réinventé pour en conserver l'esprit sans briser le pouvoir de la nation, seul moyen de lui laisser le pouvoir de gouverner dans un État républicain »³³⁵⁶.

1172. La juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation et la séparation des fonctions en leur sein est encore un avatar de cette technique juridique française de lutte contre l'abus de pouvoir.

En regard, la culture de la doctrine juridique au Royaume-Uni se distingue nettement.

2 — *Le discours de la doctrine anglaise : méfiance quant aux principes et imprégnation de l'analyse économique du droit*

1173. Les contrastes entre doctrines anglaise et française au sujet de la fonction contentieuse de l'Administration sont à cet égard frappants et peuvent, dans une certaine mesure, expliquer l'orientation différente prise au Royaume-Uni. La doctrine anglaise se caractérise par une certaine suspicion à l'égard des droits de l'homme, ainsi que par une imprégnation de la doctrine de l'analyse économique du droit. Et ce constat singularise nettement la doctrine anglaise, car la doctrine américaine se rapproche, à de nombreux égards, des préoccupations françaises. Le pouvoir de sanction administrative est très vieux aux États-Unis, et le juge à la Cour suprême Sutherland a ainsi pu comparer, en 1936, les pouvoirs de la Securities and Exchange Commission avec ceux de la Star Chamber³³⁵⁷. Or, la même analogie est faite en France dans la doctrine entre la répression administrative et les lettres de cachet³³⁵⁸. L'expansion de la répression administrative au Royaume-Uni ne s'est pas accompagnée des mêmes foudres doctrinales et surtout des mêmes assimilations historiques — certes, exagérées, mais révélatrices — entre l'absolutisme et la fonction contentieuse de l'Administration.

1174. La suspicion à l'égard des droits de l'homme est ancienne au Royaume-Uni et il semble que la pensée de Burke³³⁵⁹ l'ait emporté à cet égard sur celle de Thomas Paine³³⁶⁰. Ce rejet a eu des implications importantes dans la doctrine juridique, même contemporaine, ce qu'examine Paul Craig³³⁶¹. Cet auteur cite par exemple J. A. G. Griffith qui avance qu'il lui semble « fallacieux de parler de certains droits de la personne, comme ayant un caractère fondamental et inhérent à la personne de l'individu ». Il ajoute en conclusion de son article qu'il ne refuse pas de croire dans les principes généraux *a priori* — il en a, dit-il, plein les poches et les oreilles —, mais il ne pense pas qu'ils puissent servir de guide pour l'activité législative et administrative³³⁶². Cette réticence à l'égard des principes généraux auxquels on

³³⁵⁶ V. É. Zoller, Introduction au droit public, Dalloz, Coll. Précis Droit public, 2006, p. 206, n° 207.

³³⁵⁷ V. Jones v. SEC, 298 U.S. 1 (1936). V. M. Tushnet, « Administrative Law in the 1930s: The Supreme Court's Accommodation of Progressive Legal Theory », Duke Law Journal, vol. 60, p. 565, spéc. p. 1608.

³³⁵⁸ V. M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, préc..

³³⁵⁹ V. E. Burke, Réflexions sur la révolution de France, suivie d'un choix de textes écrits de 1790 à 1797, coll. Pluriel, Hachette, Paris, 1989.

³³⁶⁰ V. T. Paine, Les Droits de l'homme, Paris, Belin, 1987.

³³⁶¹ V. l'exposé de ce courant dans P. P. Craig, « Political Constitutionalism and Judicial Review », in Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, A. Scully-Hill, M. Ramsden, eds., Oxford University Press, Oxford Legal Studies Research Paper No. 58/2009.

³³⁶² V. J. A. G. Griffith, « The Political Constitution », The Modern Law Review, Vol. 42, n° 1 (Jan., 1979), pp. 1-21, spéc. pp. 17 et 20. Traduction de : « it is misleading to speak of certain rights of the individual, as being fundamental in character and inherent in the person of the individual ».

accorderait la primauté dans une constitution rappelle l'ironie de Dicey dans son analyse de la « rigidité des constitutions françaises »³³⁶³. Toutes ces critiques reviennent au fond à la position de Burke pour lequel les idées de constitution et de droits de l'homme sont proprement métaphysiques, elles ne visent pas l'homme tel qu'il est. La pensée de Burke, que l'on retrouve chez Dicey, mais aussi chez Griffith dans sa critique des principes, est un refus de l'abstraction et un éloge des coutumes et de la tradition³³⁶⁴. Au fond, en Angleterre, le droit n'est pas affaire de doctrine³³⁶⁵ ou encore de théorie³³⁶⁶.

1175. Exemples sont à cet égard les critiques que suscite la loi sur les droits de l'homme, le Human Rights Act de 1998. Il est vrai qu'il y a, dans l'adoption de cette loi, comme un goût de diktat de Strasbourg, de colonisation qui explique d'ailleurs les appels à l'écriture d'une « British Bill of Rights »³³⁶⁷. Les critiques, brandissant les risques d'un gouvernement des juges furent nombreuses³³⁶⁸. Mais certains auteurs font remarquer à juste titre que l'opposition à ce texte pourrait aussi s'expliquer par un attachement aux droits de l'homme. L'incorporation des droits de l'homme dans un texte partirait « d'une fausse idée selon laquelle la liberté des citoyens britanniques dépendrait et ne s'étendrait pas au-delà de ce que la déclaration des droits déterminerait, ce qui serait en contradiction avec la liberté telle que le common law la règle »³³⁶⁹.

1176. Ce premier caractère de la doctrine juridique anglaise peut rendre compte de l'évolution différente du régime de la fonction contentieuse de l'Administration.

1177. Le second caractère — l'imprégnation de la doctrine par l'analyse économique du droit — distingue aussi nettement les doctrines française et anglaise. La doctrine juridique anglaise

³³⁶³ V. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution*, préc., pp. 403 suiv..

³³⁶⁴ V. J. Touchard et alii, *Histoire des idées politiques*, tome 2, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2^e éd., 2005, pp. 478-482.

³³⁶⁵ V. V. Crombez, *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, Thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 1995, spéc. p. 291. Valéry Crombez conclut sa thèse en affirmant : « Les normes juridiques anglaises sont essentiellement le résultat de la réflexion quotidienne des magistrats. Le common law est d'essence pragmatique. Le droit naît de la pratique et du contentieux, non de la réflexion théorique de quelques auteurs. La doctrine en tant que fonction de réflexion sur l'utilité et l'application du droit positif, n'est pas absente du système anglais, mais elle ne constitue pas l'œuvre d'une catégorie particulière de juristes, formant à eux seuls l'institution doctrinale. On ne retrouve pas, en Angleterre, l'aspect prophétique caractérisant la doctrine sur le continent. Ce sont les juges qui ont exercé pendant longtemps, et exercent encore pour une grande part aujourd'hui, la fonction doctrinale outre-Manche ».

³³⁶⁶ V. C. Harlow, « Review: Changing the Mindset: The Place of Theory in English Administrative Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n° 3 (Autumn, 1994), pp. 419-434. V. aussi O. W. Holmes, *The Common Law*, Little Brown, 1881, p. 1 ; T. Prosser, « Understanding the British Constitution » (1996) *Political Studies*, 44, pp. 473-487.

³³⁶⁷ La Commission pour l'étude de cette déclaration britannique des droits a été établie par le ministère de la Justice le 18 mars 2011.

³³⁶⁸ V. R. Bellamy, « Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights: Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act », in T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins (eds), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cité par Paul Craig. Il semble que Richard Bellamy ait nuancé sa pensée par la suite : « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *Int J Constitutional Law* (2011) 9 (1), pp. 86-111. V. T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins, *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, O.U.P., 2011 : ce livre tente de justifier le scepticisme britannique concernant l'efficacité et la légitimité des instruments juridiques protégeant les droits de l'homme et défend l'idée que la littérature sur les droits de l'homme ne s'est pas suffisamment emparé des ressources de la démocratie et du rôle des parties politiques dans la défense des droits.

³³⁶⁹ V. L. Besselink, F. Pennings, S. Prchal, « Introduction: Legality in Multiple Legal Orders », in *The eclipse of the legality principle in the European Union*, L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal (ed.), Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 6.

est rompue aux raisonnements et acquise à la légitimité de l'analyse économique du droit. Par exemple, le si influent rapport Marcrory est dirigé par un professeur de droit, mais il n'évoque à aucun moment les problèmes juridiques que pourrait générer le recours à la répression administrative, qu'il promeut. De même, les travaux d'analyse économique du droit d'Anthony Ogus, professeur de droit, ont été précurseurs dans leur proposition de privilégier la sanction administrative sur la sanction pénale.

Le paysage doctrinal des deux pays a donc joué un rôle certain dans l'évolution différenciée de ceux-ci. Mais ce n'est pas la seule explication. La jurisprudence a été, en France, un autre facteur déterminant.

B — Le rôle de la jurisprudence : l'application au régime des autorités sectorielles françaises des principes du droit pénal et du droit civil

1178. Malgré le rôle central que les juges, de part et d'autre de la Manche, ont joué dans la modération de l'État, par une opposition nette à la puissance royale, le rôle des juges et de la jurisprudence dans le contrôle de l'État n'est pas aujourd'hui identique³³⁷⁰. Le rôle et la place de la jurisprudence dans les deux pays, dans le contrôle de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, permettent d'expliquer certaines différences de régimes (l'évolution française vers le modèle juridictionnel).

1179. S'il ne faut certes pas négliger le rôle joué par le Conseil constitutionnel, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont été déterminantes dans l'évolution des structures administratives des autorités sectorielles. Cette évolution ne s'explique pas par une volonté de la Cour de cassation de juridictionnaliser la procédure de ces autorités. Elle s'explique simplement par l'application, par le juge judiciaire, de ses propres principes, sous couvert d'appliquer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Que l'on prenne le principe de personnalité des peines que la Cour de cassation interprète — en dehors du droit de la concurrence où elle doit appliquer le droit de l'Union européenne — en conformité avec les principes du droit pénal, ou que l'on prenne le principe de séparation des fonctions, ou encore l'extension progressive de l'application du code de procédure civile, on s'aperçoit que le juge judiciaire, loin de se faire juge administratif, applique ses propres principes.

1180. Concernant le principe de séparation des fonctions, le juge judiciaire invoque au départ la Convention européenne, mais dorénavant le principe est invoqué en lui-même. De surcroît, ce principe est en réalité l'application du principe de séparation des fonctions qui caractérise le droit pénal français. Le principe de séparation des fonctions de poursuivre, d'instruire et de juger est un principe classique et cardinal de la procédure pénale française³³⁷¹. En réalité, la

³³⁷⁰ V. pour le Royaume-Uni, le rôle par exemple de Coke ; pour la France E. Lemaire, *Grande robe et liberté La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., Coll. Léviathan, 2010, spéc. pp. 147 suiv.. Dans ce passage intitulé « Justice et administration », Elina Lemaire montre l'opposition véhémente et ouverte des grands magistrats du XVIII^e siècle à l'absolutisme, à la monarchie administrative triomphante : « Les grands juges de la Couronne n'ont cessé, tout au long du siècle, de livrer dans leurs protestations un procès en règle à la monarchie administrative et à ses agents. Il y avait, à cette très grande défiance, plusieurs explications, sociales d'abord, mais aussi politiques, dont la principale tenait à la suspicion radicale qu'éprouvaient les magistrats des Parlements à l'égard de la fonction exécutive ».

³³⁷¹ V. B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, Coll. Précis, 22^e éd., 2010, pp. 37 suiv. ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis-Litec, Coll. Manuel, 2010, spéc. pp. 191 suiv.. Cette séparation ne date que de la loi Ernest Constant de 1887. Serge Guinchard et Jacques Buisson remarquent que le nouvel article préliminaire du code de procédure pénale issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 ne mentionne que la séparation des

jurisprudence de la Cour de cassation applique, non pas la Convention européenne et les principes du procès équitable, mais les principes de la procédure pénale, en tout cas pour la séparation des phases deux premières et de la phase de jugement.

1181. Cette conclusion peut aussi permettre d'expliquer une différence avec le Royaume-Uni qui ne connaît pas traditionnellement, en procédure pénale, de séparation des fonctions au niveau des fonctions de poursuite et d'instruction. Cette séparation fut introduite dans les années quatre-vingts et reste, d'après la doctrine, fragile³³⁷². Or, on constate bien que les autorités répressives contrôlées par le Conseil d'État ne connaissent pas une séparation aussi nette des fonctions de poursuite et d'instruction, tandis que les autorités de concurrence et des marchés financiers qui sont bien, elles, sous le contrôle du juge judiciaire³³⁷³, ont séparé nettement ces fonctions. Au total, le juge judiciaire français assimile les autorités sectorielles aux juridictions qu'il a la charge de contrôler, et tente d'appliquer les mêmes principes.

1182. Pour Guy Canivet d'ailleurs, ce mouvement de « processualisation » était prévisible : « La logique de l'évolution était évidente et prévisible ». Elle procède pour lui justement de « l'influence des cultures nationales du procès ». Cette affirmation confirme bien le caractère national de ces conceptions. L'ancien premier président de la Cour de cassation établit « un rapport naturel entre le pouvoir et les garanties d'un décideur », si bien que « plus l'autorité de régulation a de larges pouvoirs de sanction ou de règlement de conflits, plus les garanties qu'elle offre dans l'élaboration de sa décision doivent être adaptées »³³⁷⁴.

1183. Le facteur qui joue peut être davantage, et dans le sens inverse, est la réticence des juges de *common law* à interférer dans l'action administrative. Cet élément est traditionnel, et a été souvent commenté³³⁷⁵. La tâche d'administrer est considérée par les juges comme une mission politique, dans laquelle ils ne veulent pas interférer, pour laquelle ils se sentent de surcroît mal équipés.

1184. Cependant, le décalage entre les deux pays peut aussi s'expliquer par le fait que les juges anglais ne disposent pas des outils juridiques pour s'opposer à la loi. La jurisprudence qui impose le respect du procès équitable ne peut s'expliquer en France que parce qu'elle s'inscrit comme l'aboutissement d'un processus de changement qui a affecté l'ordre juridique français en mettant fin au légicentrisme classique des juges, changement qui n'est pas intervenu au Royaume-Uni.

phases de poursuite et de jugement. V. L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc. n° 48, p. 188-189 (sur l'application de ce principe aux autorités de régulation).

³³⁷² V. R. M. White, « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-formulation of the 'Philips Principle' », 2006, 69(2), *The Modern Law Review*, pp. 143-182 ; N. Garoupa, A. Ogus, A. Sanders, « The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences: Is There An Economic Case For Integration? », *Cambridge Law Journal*, 70(1), March 2011, pp. 229-259.

³³⁷³ Concernant les marchés financiers, seule la répression des manquements des prestataires de service d'investissement est du ressort du Conseil d'État. Mais, force est de constater qu'ici aussi, la jurisprudence de la Cour de cassation a semblé prévaloir.

³³⁷⁴ V. G. Canivet, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *Petites affiches*, 23 janvier 2003 n° 17, p. 50-55. V. aussi comment Guy Canivet justifie le fait pour le juge d'inspirer au régulateur sa méthode juridictionnelle : G. Canivet, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in *Droit et économie de la régulation*, tome 1, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 184-193.

³³⁷⁵ V. par ex. R. Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2000, spéc. le chap. 1 intitulé « Approaches to Administrative Law », pp. 3 suiv. ; V. J. F. McEldowney, « Administration and Law in England in the 18th and 19th Century », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18^e/19^e s.) », n°8, spéc. p. 121.

Jurisprudences et doctrines françaises s'opposent donc sur de nombreux points. Toutefois, ces lignes convergent vers une différence peut-être plus fondamentale, la relation différente qu'entretiennent le droit et l'Administration dans ces deux pays.

C — Les relations du droit et de l'Administration

La différence de régime juridique qui s'attache à l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration peut aussi s'expliquer par la manière dont le droit et l'Administration s'articulent dans les deux pays. La caractérisation des conceptions opposées des relations du droit et de l'Administration dans les deux pays à la fois peut être entreprise de deux manières : d'une part en étudiant les conceptions juridiques nationales de l'Administration (1) et, d'autre part, en regardant la formation des administrateurs, en adoptant alors un angle résolument sociologique (2).

1 — Le droit et la conception de l'Administration en France et au Royaume-Uni : la soumission et la séparation

L'étude de la manière dont s'articulent droit et Administration en France et au Royaume-Uni permet de comprendre la nature des différences dont, finalement, l'exercice de la fonction contentieuse n'est qu'une expression. Cette différence n'est en effet qu'un avatar de la manière dont chaque pays pense la relation du pouvoir administratif au droit³³⁷⁶.

Alors qu'au Royaume-Uni, cette relation est difficile à nouer en raison de la position constitutionnelle compliquée de l'exécutif (a) ; la reconnaissance en France de l'exécutif et de l'Administration et leur nécessaire soumission au droit ne fait aucun doute (b). L'opposition aboutit à deux attitudes juridictionnelles différentes : une attitude de déférence et une pensée de la séparation en *common law*, une attitude de soumission en France qui sont, pour chaque pays, le résultat de l'histoire. Comme l'a bien montré J. D. B. Mitchell les bases de ce qui auraient pu devenir un Conseil d'État à l'anglaise n'ont pas résisté à la révolution de 1688 qui mit un terme au conseil privé du Roi et, singulièrement, à sa plus choquante composante, la Star Chamber. Ce conseil privé, qui avait mis en place un système de contrôle administratif, fut aboli et avec lui toute possibilité de voir émerger un droit administratif et un contrôle approprié de l'Administration³³⁷⁷. Les fondements de la séparation du droit et de l'Administration sont donc anciens au Royaume-Uni.

a — Le droit et l'Administration au Royaume-Uni : une doctrine juridique de la séparation

1185. Le droit et l'Administration sont nettement dissociés au Royaume-Uni dans la pensée des juges. Il ne s'agit évidemment pas de dire que l'Administration n'est pas soumise au droit car elle est toujours soumise à la loi. Il s'agit de montrer qu'une conception spécifique de l'Administration et du droit fait de ces deux mondes deux mondes séparés.

³³⁷⁶ V. l'article d'histoire comparé des droits administratifs anglais et français : P. Lindseth, « 'Always Embedded' Administration: The Historical Evolution of Administrative Justice as an Aspect of Modern Governance » (2004) University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers, Paper 19.

³³⁷⁷ V. J. D. B. Mitchell, « The causes and effects of the absence of a system of public law in the United Kingdom », [1965] PL 95.

1186. Il s'agit d'abord de montrer que, dans la doctrine britannique et la constitution anglaise, l'Administration, en quelque sorte, n'existe pas, comme source de droit et comme institution spécifique, car les juges et le Parlement lui avaient retiré la plupart de ses pouvoirs. Ensuite, il semble évident que le *common law* se fait du droit une conception spécifique, qui remonte au moins à Coke et qui est une pensée de la séparation.

1187. Les idées de Dicey sont essentielles pour comprendre cette dissociation. La notion de « *rule of law* », que développe Dicey, ne fait d'abord aucune place à l'Administration comme source spécifique de droit et, de surcroît, nie la nécessité d'élaborer un droit spécial pour l'Administration, au nom de l'égalité de tous devant la loi et l'universalité d'application du *common law*³³⁷⁸. La conséquence qu'il faut tirer de cette dissociation est l'idée, fort répandue en doctrine et fort influente en pratique, que le contrôle de l'Administration doit d'abord être le fait du Parlement. Ensuite, et peut-être plus fondamentalement, cette dissociation traduit, au Royaume-Uni, une certaine conception du droit.

1188. La conception du « *rule of law* » théorisé par ce juriste fait du Parlement et des tribunaux de *common law* les deux seules sources du droit³³⁷⁹. Comme l'exprime Lord Diplock à sa suite, le « Parlement fait la loi et les juges l'interprètent »³³⁸⁰. L'État est ainsi devenu au Royaume-Uni une émanation du pouvoir législatif. Aussi, pour Martin Loughlin le principe de souveraineté du Parlement a empêché les juristes de pouvoir contribuer à la compréhension des arrangements modernes du gouvernement³³⁸¹. Il faut relever d'ailleurs que ces deux pouvoirs étaient en fait, jusqu'à récemment encore entre les mêmes mains, puisque la Chambre des Lords fut pendant longtemps à la fois une chambre haute et la Cour suprême du pays³³⁸². De même, pendant tout le XIX^e siècle, le Parlement possédait des pouvoirs que l'on pourrait appeler de réglementation à travers l'institution des « *private bills* », pouvoir ensuite confié à l'Administration³³⁸³. Le Parlement cumulait donc des pouvoirs législatifs, juridictionnels et des compétences largement de nature administrative. Ce cumul rend donc toute théorisation de l'Administration particulièrement ardue au XIX^e siècle. Et, de surcroît, il n'est pas rare de voir les juges cumuler eux aussi des fonctions juridictionnelles et

³³⁷⁸ V. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, préc. ; E. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Thèse dactyl., Bordeaux 4, 2009, spéc. pp. 172 suiv..

³³⁷⁹ V. C. Harlow, « The influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in *Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, F. Melleray (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 227 suiv., spéc. pp. 228 suiv. ; J. F. McEldowney, « Administration and Law in England in the 18th and 19th century », *Annuaire d'histoire administrative européenne, Yearbook of European administrative history*, Baden-Baden, Nomos, 1989, spéc. p. 32 suiv. ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002.

³³⁸⁰ V. *Duport Steels v Sirs* [1980] 1 All ER 529, p. 541 : « it cannot be too strongly emphasised that the British constitution, though largely unwritten, is firmly based on the separation of powers: Parliament makes the laws, the judiciary interprets them », cité par M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, spéc. pp. 315-316.

³³⁸¹ V. M. Loughlin, *The idea of public law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, spéc. p. 25.

³³⁸² V. *The Judicial House of Lords 1876-2009*, L. Blom-Cooper, B. Dickson, G. Drewry (ed.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2009 ; *The House of Lords: its parliamentary and judicial roles*, P. Carmichael, B. Dickson (ed.), Oxford, Hart Pub.

³³⁸³ V. l'article de John Willis qui montre comment le pouvoir réglementaire de l'Administration a peu à peu remplacé le pouvoir que le Parlement exerçait à travers les « *private acts* » : J. Willis, « Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, the Conceptual, and the Functional », *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (1935), pp. 53-81, spéc. p. 57. V. aussi le même point de vue défendu par C. D. Foster, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, préc., spéc. Le chapitre intitulé « Regulation by Parliament ».

administratives ; les juges de paix locaux ayant souvent été dotés d'un pouvoir d'autorisation. Dans cet espace l'Administration n'a aucune place³³⁸⁴.

1189. De surcroît, Dicey a nettement contribué à accréditer l'idée selon laquelle toute recherche sur l'Administration et sur la mise en place d'un droit spécial de l'Administration, sur le modèle du droit administratif français, était contraire au principe d'égalité qui est au fondement du *common law*. Même si cet auteur est revenu sur cette idée, la culture juridique anglaise en est restée à sa première formulation : tout droit spécial qui s'éloignerait des principes du *common law* serait synonyme de privilège et contraire à l'esprit de la Constitution anglaise. Si bien que, comme le dit Hauriou l'Angleterre ne posséderait « aucune autorité administrative », car aucun régime administratif³³⁸⁵.

1190. Face au développement du rôle de l'Administration, le risque était fort de voir ces piliers du « *rule of law* » s'écrouler. Dès lors la question se pose de savoir qui, des tribunaux ou du Parlement, devait se voir attribuer le rôle de contrôle de l'Administration. La dissociation du droit et de l'Administration au Royaume-Uni a eu pour conséquence de faire du Parlement le seul contrôle légitime de l'exécutif et de l'Administration – à travers, notamment le principe de « *ministerial responsibility* ». Le rôle du *judicial review* n'est bien sûr pas à négliger, mais l'idée est très prégnante que c'est au Parlement de contrôler l'exécution politique des lois qu'il adopte³³⁸⁶. C'est d'ailleurs cette idée qui explique le rejet des droits de l'homme, lesquelles ne font en réalité, pour la doctrine anglaise, que conférer aux juges un rôle qui n'appartient qu'au Parlement. Adam Tomkins exprime bien cette idée. Son rejet des droits de l'homme s'explique par sa défense du rôle du Parlement en tant que seul contrepoids à l'exécutif³³⁸⁷. Adam Tomkins explique ainsi qu'avant le passage du Human Rights Act, les publicistes libéraux prédisaient que si les tribunaux pouvaient enfin sanctionner le non-respect des droits de l'homme, les libertés publiques seraient enfin protégées au Royaume-Uni. Mais, il tire argument de deux jugements dans lesquelles la Chambre des Lords rejette des demandes tirées d'une violation alléguée des droits de l'homme pour affirmer que le seul contrôle efficace de l'Administration réside dans le Parlement. Ce qu'Adam Tomkins appelle le « constitutionnalisme juridique » — qui fait des tribunaux le gardien de la liberté — est, pour lui, incapable en pratique de sauvegarder la liberté des citoyens³³⁸⁸. Cette thèse est tout de même l'objet de sévère critique, notamment de la part de Paul Craig³³⁸⁹.

1191. Ce que les développements précédents permettent aussi de mettre en évidence est la conception particulière que les juristes anglais se font du droit. On retrouve cette expression dans les jugements de Coke, précédemment cités. L'éminent juge fait une distinction entre la raison naturelle, celle du Roi, et la raison artificielle, celle des juges et du droit, qui nécessite

³³⁸⁴ V. T. Daintith, A. Page, *The executive in the constitution : structure, autonomy, and internal control*, Oxford, Oxford University Press, 1999, spéc. p. 209.

³³⁸⁵ V. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de la 13^e éd., pp. 1-2.

³³⁸⁶ V. l'idée de E. Breen qui formule ainsi la problématique du *judicial review* : « L'enjeu de la réflexion consiste ainsi à trouver les voies d'une "limitation limitée" des pouvoirs de l'administration ». V. E. Breen, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », RFDA, 2003, p. 1159.

³³⁸⁷ V. A. Tomkins, *Our republican constitution*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005 ; *Sceptical essays on human rights*, T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins (ed.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2001. V. aussi A. Tomkins, « The Role of the Courts in the Political Constitution », 60 *University of Toronto L.J.* 1 (2010).

³³⁸⁸ V. A. Tomkins, *Our republican constitution*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005, spéc. p. 31.

³³⁸⁹ V. P. Craig, « Political constitutionalism and the judicial role: A response », *Int J Constitutional Law* (2011) 9 (1), pp. 112-131.

une longue étude ainsi que de l'expérience³³⁹⁰. En des termes différents, mais qui expriment toujours la même opposition entre l'exécutif et le judiciaire, on retrouve ces oppositions. Ainsi, au XVIII^e siècle, Sir Robert Heath fera une distinction entre le droit et la justice : les juges doivent s'occuper de l'application du droit par l'Administration, mais ne peuvent pénétrer la « justice » de la décision³³⁹¹. Ici, au fondement de la distinction se trouve la séparation entre le *common law* et l'*equity*. Aujourd'hui, les mêmes oppositions agissent pour restreindre la portée du *judicial review*, exprimée en des termes différents : les juges préfèrent ainsi parler de l'opposition entre le droit et la politique. Pour Ian Harden et Norman Lewis cette vision autonomiste du droit, séparée de la sphère politique, résulterait d'une réaction du *common law* aux interventions du législateur et à la tyrannie de la majorité. En érigeant le droit comme une sphère autonome et neutre, les juristes du XIX^e siècle permirent d'assurer l'indépendance des juges : le droit serait ainsi à l'abri des luttes politiques³³⁹². Mais cette séparation, comme nous l'avons montré, a des origines plus anciennes. Denis Baranger explique ainsi que l'historien Charles McIlwain avait déjà montré que le constitutionnalisme anglais était dominé par une « « séparation tranchée » entre *jurisdictio* et *gubernaculum* dont il trouve les assises dans Bracton, et des indications claires dans les siècles ultérieurs, notamment à l'époque Tudor »³³⁹³. Pour cet historien, les deux traits saillants de l'ordre constitutionnel anglais étaient « la séparation du gouvernement et de la juridiction, et la différence dans les effets de droit entre un ordre administratif et une définition du droit »³³⁹⁴. Aussi, le gouvernement est-il considéré comme « le territoire de la puissance discrétionnaire, pleinement irresponsable, du prince », et la juridiction devient au contraire un domaine où « le Roi est l'agent du droit »³³⁹⁵. On voit donc que la doctrine de la séparation plonge ses racines dans l'histoire constitutionnelle anglaise la plus ancienne et n'est pas issue seulement des réactions du XIX^e siècle.

1192. Mais, au fond, toutes ces distinctions aboutissent à isoler le droit dans une sphère particulière et à limiter et délimiter le pouvoir du juge. Raison naturelle et raison artificielle,

³³⁹⁰ V. Prohibitions Del Roy, Mich. 5 Jacobi 1.

³³⁹¹ V. *Commins v. Massam*, March 196 spéc. p. 197 : « No ordinary Judges in the realm have this power; but this Court is Coram Rege ipso, and notwithstanding that the act leaves the proceedings to the discretion of the Commissioners, nevertheless this discretion is examinable and controllable in this Court. Suppose that the Commissioners do anything without or against their Commission, without doubt this is reformable and examinable here: But as for Courts of Aequity, as of the Marches of Wales and the like, this Court cannot take notice whether their decrees are just or not: We are alone to examine their Jurisdiction of the case, not their Justice. They themselves are to answer for that, as we for the law: Let us put the case that A bargains and sells to D, and C gives collateral security to B: and the Commissioners make a decree against C, this is against the law, and therefore reformable by us, but equitable cases are nothing to us ».

³³⁹² V. I. Harden, N. Lewis, *The noble lie: the British constitution and the rule of law*, London, Hutchinson, 1986, spéc. p. 52 suiv., chap. 3. V. aussi M. J. Horwitz, « The History of the Public/Private Distinction », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, n° 6 (Jun., 1982), pp. 1423-1428 : « By creating a neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning free from what was thought to be the dangerous and unstable redistributive tendencies of democratic politics, legal thinkers hoped to temper the problem of "tyranny of the majority." Just as nineteenth-century political economy elevated the market to the status of the paramount institution for distributing rewards on a supposedly neutral and apolitical basis, so too private law came to be understood as a neutral system for facilitating voluntary market transactions and vindicating injuries to private rights ».

³³⁹³ V. D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., Coll. Léviathan, 2008, p. 43 ; Ch. McIlwain, *Constitutionalism, ancient and modern*, Ithaca, N.Y., Great Seal Books, 1940, pp. 88-89, cité et traduit par D. Baranger.

³³⁹⁴ Nous suivons toujours ici les développements de Denis Baranger.

³³⁹⁵ D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., Coll. Léviathan, 2008, p. 44.

droit et justice, droit et politique, juridiction et gouvernement : ces diptyques, ces duos d'oppositions couvrent l'ensemble de l'histoire juridique anglaise et manifestent encore cette pensée de la séparation³³⁹⁶.

Par conséquent, alors que le juge de *common law* se caractérise par une posture de déférence face à l'exercice par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire³³⁹⁷, le juge français n'hésite pas à considérer que l'Administration doit être soumise au droit.

b — Le droit et l'Administration en France : une doctrine juridique de la soumission

1193. Ces considérations sont au fondement des différences entre la France et le Royaume-Uni dans l'exercice de la fonction contentieuse. S'il est en effet, une idée qui ne fait pas débat en France, c'est que l'Administration ne peut être efficacement contrôlée que par les tribunaux administratifs, et que celle-ci doit être astreinte au respect du droit. Mais l'existence d'un juge administratif, lié à l'Administration, change aussi la position constitutionnelle de celui-ci. Là où le juge anglais voit l'Administration comme « l'autre pouvoir », envers lequel son empire doit nécessairement être limité ; le juge administratif français, lui, n'est pas autant inhibé face à l'Administration. Cette différence permet d'expliquer l'accueil favorable de la doctrine face à la juridictionnalisation de la fonction contentieuse, là où certainement, la doctrine anglaise n'y verrait qu'un poids supplémentaire, nuisant à l'efficacité de l'action administrative. Là où le juge anglais manifesterait sa déférence, le juge administratif n'hésite pas à affirmer que les appréciations de l'Administration se font toujours « sous le contrôle du juge ». De même, le souci de la doctrine, au moins depuis son renouveau à la Belle Époque, est pour reprendre l'expression que Fabrice Melleray applique à Duguit « Comment limiter l'État par le droit ? »³³⁹⁸. La question de Duguit est certainement l'obsession de la doctrine française est bien la manière de « fonder juridiquement la soumission de l'État au droit »³³⁹⁹.

1194. Cette obsession rejoint ce qui fait pour Jacques Ziller le caractère distinctif de la conception française des relations entre l'Administration et le droit et qui s'articule autour du principe de légalité, qu'il distingue de la conception allemande du *Rechtsstaat*³⁴⁰⁰. Ce principe, qui prend ses racines dans le Siècle des Lumières et que consacre la Révolution, soumet résolument l'Administration au respect de la légalité, telle que matérialisée dans la loi, expression de la volonté générale. On verra plus loin que le *common law* anglais ne se fait pas une conception identique de la légalité, et pense davantage les pouvoirs et le contrôle de l'Administration en terme de compétence, ce qui explique que les développements sur la hiérarchie des normes soient quasiment absents des manuels de droit administratif anglais.

1195. Le droit administratif et l'Administration sont à ce point consubstantiels en France que les études sur l'Administration publique ou sur la science administrative sont souvent, comme

³³⁹⁶ V. cette affirmation de Stephen Sedley : « A generation ago (which in modern public law is not that long) law was law and policy was policy ». Comme le montre bien l'éminent juge, les lignes se sont aujourd'hui déplacées, mais la rhétorique des juges reste identique et la distinction reste au fondement de la déférence. V. S. Sedley, « Policy and Law », in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), Kluwer Law International, pp. 259-265.

³³⁹⁷ V. M. C. Tolley, « Judicial Review of Agency Interpretation of Statutes: Deference Doctrines in Comparative Perspective », *The Policy Studies Journal*, Vol. 31, No. 3, 2003.

³³⁹⁸ V. F. Melleray, « Léon Duguit – L'État détrôné », in *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, N. Hakim, F. Melleray (ed.), Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009, spéc. p. 220.

³³⁹⁹ V. F. Melleray, « Léon Duguit – L'État détrôné », préc., p. 221.

³⁴⁰⁰ V. J. Ziller, « The Continental System of Administrative Legality », in *Handbook of public administration*, B. G. Peters, J. Pierre (ed.), London, Sage, 2007, spéc. pp. 167 suiv..

l'a montré Jacques Ziller, le fait de juristes et plus précisément d'administrativistes et non de sociologues³⁴⁰¹. C'est ce qui justifie d'aborder une autre manière d'analyser les rapports du droit et de l'Administration dans les deux pays en étudiant le rôle que joue le droit dans la formation des administrateurs. Ici aussi, la différence est grande.

2 — *Le droit et la formation des administrateurs en France et au Royaume-Uni*

1196. La formation des administrateurs est on ne peut plus différente dans les deux pays. Le rôle du droit dans la formation des fonctionnaires est opposé. Cette différence rejaillit sur la composition sociologique des autorités sectorielles : composées de magistrats en France ; elles sont faites de managers au Royaume-Uni.

1197. Terence Daintith et Alan Page ont bien montré que, tout au long de l'histoire de l'Administration britannique, la formation juridique des fonctionnaires s'est peu à peu réduite. Les juristes sont tombés dans ce « rôle trop familier de spécialistes au sein d'un système privilégiant les formations généralistes »³⁴⁰². Le fonctionnaire anglais est en effet traditionnellement généraliste³⁴⁰³ et voit avec suspicion l'intervention des tribunaux dans l'action administrative³⁴⁰⁴.

1198. Cette différence se retrouve dans la composition sociologique des autorités sectorielles. Dans le cas des autorités sectorielles françaises, la doctrine n'a pas manqué de remarquer le caractère spontané de l'évolution vers un modèle juridictionnel. Dès lors, la différence entre les régimes juridiques procéduraux dans chaque pays pourrait s'expliquer par des facteurs sociologiques. Terence Daintith et Alan Page remarquent ainsi qu'en France, le rôle du Conseil d'État et de ses membres a permis au droit administratif de s'imposer dans la formation des administrateurs.

1199. Non seulement la formation des administrateurs et l'imprégnation du droit administratif permettent d'expliquer certaines différences, mais c'est aussi la composition sociologique de l'Administration, et particulièrement des autorités sectorielles, qui manifeste une différence très nette.

1200. Les autorités sectorielles françaises sont largement composées de magistrats des deux ordres de juridiction. Sans que les textes ne l'imposent formellement, sauf pour le Comité de règlement des différends et des sanctions de la C.R.E. composé majoritairement de magistrats des deux ordres³⁴⁰⁵, les magistrats, et essentiellement du Conseil d'État, occupent de fait des

³⁴⁰¹ V. J. Ziller, « The Continental System of Administrative Legality », in *Handbook of public administration*, B. G. Peters, J. Pierre (ed.), London, Sage, 2007, spéc. pp. 167 suiv..

³⁴⁰² V. G. Drewry, « Lawyers in the UK Civil Service », 59 *Public Administration*, pp. 15-46 ; G. Drewry, « Lawyers and Statutory Reform in Victorian Government », in *Government and expertise: specialists, administrators and professionals, 1860-1919*, R. MacLeod (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, spéc. p. 39 ; T. Daintith, A. Page, *The executive in the constitution : structure, autonomy, and internal control*, Oxford, Oxford University Press, 1999, spéc. p. 210.

³⁴⁰³ V. V. Wright, « The Development of Public Administration in Britain and France », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, spéc. p. 309 ; P. Barberis, « Whitehall Mandarins and the British Elite Network, 1870-1945 », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, spéc. pp. 7 suiv..

³⁴⁰⁴ V. J. Dutheil de la Rochère, J. Jowell, « Le juge et le contrôle de l'Administration en Grande-Bretagne », *Revue du droit public*, 1979, pp. 1059-1082, spéc. p. 1061 : « Dans l'administration britannique, le droit et les techniques juridiques sont regardés avec suspicion, voire hostilité ».

³⁴⁰⁵ V. Loi 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 28-III (il est composé de deux conseillers d'État et de deux conseillers à la Cour de cassation).

positions éminentes dans ces autorités. La présidence de ces autorités est en tout cas presque systématiquement confiée à un magistrat, souvent du Conseil d'État³⁴⁰⁶. De surcroît, si l'on analyse le discours de certains des membres de ces instances, on constate qu'ils se font une conception juridictionnelle de leur office, n'hésitant pas à affirmer que l'office de règlement des différends s'apparente à celle d'un juge³⁴⁰⁷. On peut voir une autre illustration de cette influence dans une décision de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentielle. Cette Commission dispose d'une indépendance fonctionnelle au sein de l'Autorité, mais pas d'une indépendance juridique, elle fait partie de l'Autorité qui est, aux termes de la loi, une autorité administrative indépendante³⁴⁰⁸. Or, malgré cette qualification la Commission des sanctions (présidée par un conseiller d'État et composé pour moitié de juges) a jugé qu'elle devait être considérée comme une juridiction : « Considérant qu'il résulte des dispositions des articles L. 612-9 et L. 612-38 à 41 du Code monétaire et financier... que la Commission des sanctions de l'ACP statue collégialement sur les griefs disciplinaires dont l'a saisie le Collège, organe de poursuite de cette autorité, à l'issue d'une instruction qu'elle mène contradictoirement entre la personne mise en cause et le représentant de cet organe ; que par ces dispositions, relatives notamment à la composition de la Commission, à la faculté de récuser un membre dont il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité, aux garanties des droits de la défense, aux conditions dans lesquelles elle délibère et au « recours de plein contentieux » dont ses décisions peuvent faire l'objet devant le Conseil d'État à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, le législateur a conféré à la Commission la nature d'une juridiction administrative spéciale de première instance, soumise au contrôle d'appel du Conseil d'État »³⁴⁰⁹. L'enjeu était la possibilité pour cette Commission de présenter une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État. Comme n'a pas manqué de le relever la doctrine³⁴¹⁰, le raisonnement de la Commission, outre le fait qu'il fait fi de la qualification législative, contient de nombreuses inexactitudes (notamment sur le fait que l'existence d'un recours de pleine juridiction serait un indice du caractère juridictionnel de l'instance). Il montre toutefois de manière très nette la manière dont se pensent ces autorités et confirme que la présence de juges au sein de ces autorités n'est certainement pas neutre de ce point de vue.

1201. En regard, les autorités anglaises ne comprennent aucun magistrat et peu de juristes. L'organe délibérant d'Ofcom est composé de managers, d'économistes ou de membres de la profession réglementée tandis que celui d'Ofgem est composé de comptables, d'anciens

³⁴⁰⁶ V. pour la C.S.A., Michel Boyon ; pour l'A.R.C.E.P., Jean-Ludovic Silicani (les précédents présidents n'étaient cependant pas du Conseil d'État, puisque Paul Champsaur était inspecteur général de l'INSEE et Jean-Michel Hubert, ingénieur général des télécommunications), le collège de cette autorité comprenant d'ailleurs trois autres magistrats (deux conseillers d'État et un conseiller-maître à la Cour des comptes) ; concernant la C.R.E. son président actuel n'est pas magistrat, mais son organe délibérant comprend un conseiller d'État ; le Médiateur du cinéma est conseiller-maître à la Cour des comptes ; la H.A.D.O.P.I. est présidée par un conseiller à la Cour de cassation et son collège comprend deux conseillers d'État et un conseiller-maître à la Cour des comptes.

³⁴⁰⁷ V. É. Vève, « Les règlements de différend par l'Autorité de régulation des télécommunications », *Contrats publics*, n°24, juillet 2003 ; É. Rolin, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », préc..

³⁴⁰⁸ V. Code monétaire et financier, article L. 612-1.

³⁴⁰⁹ V. Autorité de contrôle prudentielle, décision n° 2010-06 bis du 13 mai 2011.

³⁴¹⁰ V. Y. Paclot, « De la nature de la commission des sanctions de l'ACP et de quelques autres questions... », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2011, alerte 26 ; T. Bonneau, « Un nouveau 2 décembre 1804 ? À propos de la décision du 13 mai 2011 de la commission des sanctions de l'ACP », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 6 Octobre 2011, 1704.

managers, mais aussi de fonctionnaires³⁴¹¹, et il en est de même pour Ofwat et il en était de même pour l'ancienne Postcomm.

Aussi, si l'on compare la composition sociologique des instances française et anglaise, ce qui ressort est, outre-Manche, l'absence de magistrats et de juristes. Cet élément sociologique peut aussi permettre d'expliquer l'approche différente de la fonction contentieuse de l'autorité et de son fonctionnement.

Conclusion de la Section 2

Les différences de voies empruntées par les deux pays résultent donc de plusieurs facteurs. La culture de la doctrine nationale semble être le facteur le plus évident, tant celle-ci a joué un rôle important en France dans le rejet de la répression administrative. La jurisprudence et singulièrement la jurisprudence judiciaire ne doit pas être négligée, mais le fondement des solutions du juge judiciaire français doit être recherché ailleurs que dans le droit au procès équitable qui est pourtant le fondement immédiat des solutions. La cohérence de la jurisprudence judiciaire, tant sur le principe de personnalité des peines que sur la consécration d'un principe de séparation des fonctions que, enfin, sur l'extension de l'application du code de procédure civile à la procédure devant l'autorité française de concurrence, montre qu'en réalité, le juge judiciaire étend l'empire de sa jurisprudence, de ses principes, de son fonctionnement, à la procédure administrative. Mais, ce juge disposait de la possibilité d'invoquer en droit interne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, même à l'encontre de la volonté du législateur.

L'évolution du droit anglais vers un modèle managérial peut, en regard, s'expliquer d'un côté par la faible imprégnation de l'idée des droits de l'homme et de l'autre, par l'impérialisme du discours économique sur le droit. Cet impérialisme du discours économique se retrouve d'ailleurs dans la composition sociologique des autorités sectorielles. Le prestige du juge, du juriste, à qui l'on confie la réglementation de secteurs importants de la vie française, est éclipsé, en Angleterre, par le prestige des managers qui composent ces instances ; celles-ci sont dirigées, en effet, largement, par d'anciens consultants, managers, comptables, mais aussi, par des fonctionnaires. Cette composition joue certainement un rôle dans la manière dont l'autorité pense son rapport au secteur qu'elle réglemente et à la manière d'organiser ses procédures.

À ces éléments s'ajoute la réticence traditionnelle des juges anglais à interférer dans l'action administrative. La volonté encore souveraine du Parlement doit être respectée et, comme le répètent les décisions, puisque le Parlement a donné la compétence pour réglementer ce secteur à une autorité administrative spécialisée, sa volonté doit être respectée et l'activité administrative s'en trouve auréolée et protégée par cette auguste source.

L'activisme juridictionnel qui caractérise la France depuis les années quatre-vingt-dix ne peut s'expliquer que par la fin du légicentrisme qui caractérisait ce pays depuis la troisième République. Le Royaume-Uni ne s'est toujours pas détourné de ce modèle et la souveraineté du Parlement reste entière, en dehors du droit de l'Union européenne.

³⁴¹¹ V. pour une étude de la composition de l'organe délibérant d'Ofgem : Department of Energy and Climate Change, Ofgem Review, Final Report, July 2011, spéc. p. 30, et surtout p. 34.

Conclusion du Chapitre II

Le modèle français se caractérise donc par un mouvement de juridictionnalisation qui touche l'ensemble de la fonction contentieuse des autorités sectorielles.

Même si ce mouvement est plus global, il touche en effet l'ensemble de la répression administrative étant donné les catégories matérielles mobilisées par le Conseil constitutionnel³⁴¹² et la Cour de Strasbourg ; il a eu un impact important sur l'ensemble des autorités administratives indépendantes et singulièrement sur les autorités sectorielles. La juridictionnalisation de la fonction répressive des autorités sectorielles participe donc d'un mouvement plus large, lequel pousse certains auteurs à se demander, ironiquement, s'il reste bien « quelque chose de la dépenalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? »³⁴¹³.

Le facteur déterminant de cette juridictionnalisation est le choix du législateur de confier une partie importante du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes au juge judiciaire. La jurisprudence de ce juge, depuis l'arrêt Oury, se caractérise par une nette volonté d'appliquer les principes du procès équitable dès la procédure devant les autorités administratives. Cette jurisprudence ne peut se comprendre que globalement. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation permet d'aboutir à plusieurs conclusions : d'abord le principe de personnalité des peines est interprété conformément au droit pénal ; ensuite, le principe de séparation des fonctions, consacré d'abord par l'intermédiaire de l'article 6 de la Convention européenne est invoqué désormais de manière autonome ; enfin, cette jurisprudence tend à étendre progressivement l'application du code de procédure civile à la procédure devant les autorités administratives indépendantes. Tous ces éléments manifestent que la Cour de cassation applique ses propres principes, comme si les autorités administratives indépendantes étaient des juridictions.

Cette position a eu une influence notable sur les autorités sectorielles, et même sur leur fonction de règlement des différends, puisque celles-ci ont adopté des procédures conformes aux canons du procès équitable, sans d'ailleurs que la loi ne le leur impose.

La fonction de règlement des différends, en dehors de son encadrement procédural, apparaît, sur le plan de sa portée, extrêmement dérogatoire. La décision administrative de règlement des différends a un effet contraignant important sur le contrat. Le juge judiciaire a reconnu son caractère d'ordre public et la possibilité d'avoir un effet rétroactif. Son effet sur les tiers et notamment les personnes publiques n'est pas non plus mince. Enfin, ses modalités manifestent encore, s'il en était besoin, la spécificité de cette fonction qui mobilise largement l'équité.

³⁴¹² La catégorie de sanction ayant le caractère d'une punition s'étend même à l'amende civile qui est soumise au respect du principe de légalité des délits et des peines. Aussi, l'action du ministre de l'Économie, visant à faire sanctionner le déséquilibre significatif dans les relations commerciales par une amende prononcée par le juge civil est-elle soumise au respect des principes de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement (Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales] : Constitutions 2011 p. 85, note E. Daoud, J. Cheval ; Recueil Dalloz, 2010. 2508, obs. E. Chevrier ; Revue des contrats, 1 avril 2011, n° 2, p. 536 et p. 538, notes M. Behar-Touchais).

³⁴¹³ V. L. Malaurie Vignal, « Que reste-t-il de la dépenalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? Bilan et perspectives », Contrats Concurrence Consommation n° 12, déc. 2006.

Le dernier îlot exempt de juridictionnalisation comprend l'arsenal de pouvoirs expéditifs dont disposent l'ensemble de ces autorités, avec les pouvoirs d'injonctions, les mesures conservatoires que celles-ci peuvent prononcer, de leur propre initiative ou avec l'intervention du juge administratif.

Conclusion du Sous-Titre 2

L'analyse de la manière dont la fonction contentieuse est exercée dans les deux pays permet de mettre en évidence les spécificités de chaque système juridique. L'analyse confirme donc les conclusions de la doctrine qui avait déjà affirmé en 1995 que : « au cours des dernières décennies, dans les pays européens que l'on a choisi d'étudier (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède), les mutations que le droit administratif a connues ne sont pas dues, pour la plupart d'entre elles, à l'influence du droit communautaire, mais procèdent de la « raison juridique » propre à chaque système »³⁴¹⁴.

Ce que l'analyse amène à mettre en évidence c'est que le droit européen a servi de levier aux juges pour accomplir la raison juridique propre au système juridique français. Loin de favoriser une convergence, il a servi à rendre les différences encore plus nettes.

Le modèle anglais s'oriente davantage vers une conception managériale de la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Elle est managériale dans le sens où elle privilégie le caractère informel des procédures et, en même temps une grande transparence avec le secteur. En procédure administrative, la transparence est souvent caractéristique des pouvoirs réglementaires des autorités administratives. La conception managériale de la fonction contentieuse étend désormais la transparence à l'élaboration de décisions individuelles répressives ou de règlement des différends. L'avantage de cette procédure est d'impliquer largement les tiers dans l'élaboration de la décision, ce qui est particulièrement judicieux dans le cadre du règlement des différends qui emporte des conséquences sur l'ensemble des acteurs du secteur.

Parallèlement, la France s'est dirigée dans une autre voie, celle de la juridictionnalisation. Le Royaume-Uni aurait pu aussi s'engager dans une telle voie, car l'on constate une tendance nette désormais à juridictionnaliser la fonction contentieuse de l'Administration. Ainsi l'intégration d'un grand nombre de *tribunals* dans une structure institutionnelle juridictionnelle manifeste cette tendance. De même, dans le secteur des marchés financiers, la séparation des fonctions s'est imposée d'elle-même, mais, et c'est significatif, cette séparation n'est pas imposée par le législateur, c'est l'autorité des marchés financiers qui l'a mise en œuvre de par ses pouvoirs propres d'organisation, certainement pour éviter les recours sur ce point.

Le modèle juridictionnel, choisi par la France, a bénéficié de la caution de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais, sans que celle-ci ne l'impose, la Cour de cassation s'est engagée dans un mouvement consistant à regarder les autorités administratives indépendantes comme des juridictions, appliquant ses propres principes à la procédure administrative qui s'en est ainsi trouvée transformée. Mais la Cour de cassation n'a pas été le seul acteur de cette juridictionnalisation, le Conseil constitutionnel s'est attaché à encadrer le prononcé des sanctions administratives, si bien qu'aussi bien du point de vue

³⁴¹⁴ V. G. Marcou, Introduction, in Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences, G. Marcou (dir.), L'Harmattan, 1995, spéc. p. 14.

substantiel que procédural, le régime juridique de la répression administrative se rapproche de la répression pénale, élaborant ce que l'on a appelé un « droit commun disciplinaire »³⁴¹⁵.

Conclusion du Titre 1

Alors que de nombreux auteurs avaient prophétisé l'élaboration progressive d'un droit commun du procès équitable, droit commun guidé par les mouvements d'intégration régionale et l'existence de normes communes, notamment le droit de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le droit administratif se présente encore comme un îlot de résistance. L'« enchevêtrement des espaces normatifs »³⁴¹⁶ ne favorise pas pour autant, en droit administratif, la convergence.

Le résultat de la comparaison des régimes manifeste que, malgré les effets de rapprochement, le droit administratif reste fortement influencé par les cultures, les histoires nationales. En dépit de l'existence de sources communes, largement tirées désormais du droit de l'Union européenne, la mise en œuvre juridique subit l'influence de nombreux facteurs qui ne sont pas internationaux, mais liés à la culture juridique nationale. Le rejet anglais des principes et des abstractions, incarnés pour Burke par la France et sa révolution, s'oppose au goût des principes, des systématisations et à la volonté française d'assujettir l'Administration au respect des droits. L'éminence de la loi en Angleterre s'oppose à la déchéance qu'elle a subie en France et qu'achève de consacrer la question prioritaire de constitutionnalité³⁴¹⁷. La loi est certainement aussi administrative, pour reprendre l'expression d'Yves Gaudemet³⁴¹⁸, en France et au Royaume-Uni ; pourtant, la voix du Parlement reste, outre-Manche, souveraine — en dehors, certes, du droit de l'Union européenne.

Ces résultats permettent aussi de montrer l'apport de la méthode comparatiste. « Mais c'est aussi la méthode comparative qui peut nous faire prendre conscience de la spécificité de notre droit national », s'exclamait Jean Rivero³⁴¹⁹. Ils montrent ainsi comment les juges français se sont servi des sources internationales, surtout la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour mener à bien un projet bien français, et dont on retrouve des expressions jurisprudentielles aussi vieilles que peut être l'arrêt Cadot, l'assimilation de la fonction contentieuse de l'Administration à la fonction juridictionnelle. Ils montrent aussi comment le Royaume-Uni est tiraillé entre plusieurs tentations, celle de la juridictionnalisation — bien visible — et celle de l'efficacité que porte l'éthique managériale. Concernant les autorités sectorielles, c'est la seconde qui l'a emporté.

Retrouve-t-on les mêmes lignes de fracture au stade du contrôle ?

³⁴¹⁵ V. Vers un droit commun disciplinaire ?, P. Ancel, J. Moret-Bailly (dir.), Publications de l'Université de Saint-Étienne, Collection Droit, 2007.

³⁴¹⁶ V. Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs, H. Ruiz Fabri (dir.), Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, tome 4, 2003.

³⁴¹⁷ Parmi une littérature abondante sur le sujet voir le numéro spécial de la Revue Pouvoirs, « La question prioritaire de constitutionnalité », n°137, 2011/2.

³⁴¹⁸ V. Y. Gaudemet, « La loi administrative », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 juin 2006, n° 1, p. 65.

³⁴¹⁹ V. J. Rivero, Rapport final, Revue internationale de droit comparé, Année 1989, Vol. 41, n° 4, pp. 919 – 926, spéc. p. 926.

TITRE II LE CONTRÔLE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Comme le déplore le juge Sullivan face à une décision de l'autorité de régulation des chemins de fer, « économistes et juristes ne parlent pas le même langage »³⁴²⁰. Par conséquent, la séquence du contrôle, qui rétablit en théorie le juriste dans ses droits, est mise à l'épreuve par la nature extrêmement technique et la nature très économique de ces décisions.

Et pourtant, le droit international — qu'il vienne de Bruxelles et du Luxembourg ou de Strasbourg — impose un véritable recours de pleine juridiction devant une instance qui respecte les principes du procès équitable. En droit interne français aussi, le droit au recours est une exigence constitutionnelle.

Là encore, deux modèles s'opposent et cette opposition tient sa source dans les traditions de chaque droit.

Le droit anglais préfère garder à la procédure administrative son caractère informel, mais n'hésite pas à mettre en place de véritables instances de recours capables, par leur composition sociologique et leurs pouvoirs, de fournir une véritable deuxième chance au justiciable. Cette solution s'inscrit dans la tradition juridique anglaise qui fait du *tribunal*, instance auparavant administrative, un organe de recours spécialisé comprenant des personnes, expertes dans la matière en question, capables en conséquence, de décider du fond de l'affaire. Un observateur, comparant les procédures américaines, australiennes conclut : « Le contraste avec le système américain est clair. La plupart des décisions administratives importantes sont rendues aux États-Unis à l'échelon des agences en suivant les règles du procès équitable devant un juge administratif doté de garanties d'indépendance ; alors qu'en Australie, la procédure devant l'autorité reste informelle et ne devient quasi juridictionnelle qu'au niveau du recours devant un tribunal administratif d'appel quasiment indépendant »³⁴²¹. Cette observation, concernant l'Australie, peut être étendue au Royaume-Uni et permet, encore une fois, d'établir un rapprochement entre les préoccupations juridiques françaises et américaines³⁴²².

Ce commentaire d'un juriste américain montre bien la spécificité du droit anglais qui tente, encore, d'éviter le recours en *judicial review*, pour privilégier la mise en place d'une instance spécialisée, capable de revoir la décision complètement. Les juges de *common law* se sentent en effet étrangers à la matière de l'Administration et ne souhaitent pas juger au fond. Cette situation

³⁴²⁰ Great North Eastern Railway Ltd v Office of Rail Regulation & Ors [2006] EWHC 1942 (Admin) (27 July 2006), §44. Traduction de : « Unfortunately, since economists and lawyers do not speak the same language ».

³⁴²¹ V. J. Lubbers, « Should the Primary Locus of Government Adjudication be in the Agencies, the Courts, or in a Special Tribunal Comparisons between the US and the UK/Australia Model? », in *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance* (C. F. Forsyth et al, Oxford University Press 2010). Traduction de : « Thus the contrast with the US system is clear. For the most significant administrative adjudications, the US provides the requisite due process hearing inside the agencies before a special quasi-independent administrative law judge, whereas Australia provides largely for informal agency adjudications with a trial type hearing in a system of quasi-independent administrative appeals tribunals ».

³⁴²² V. les citations très intéressantes concernant l'établissement de l'administrative law judge tant elles rapprochent les préoccupations françaises et américaines dans : R. L. Weaver, L. D. Jellum, « Neither Fish nor Fowl: Administrative Judges in the Modern Administrative State », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2010, n° 28, pp. 243 suiv..

explique donc la mise en place d'une juridiction spécialisée pour contrôler l'exercice de la fonction contentieuse de certaines autorités sectorielles.

Le contraste est donc fort avec la situation française où les magistrats, déjà très présents dans les instances de régulation, ont gardé la haute main sur le contrôle de la fonction contentieuse, même si ce n'est pas toujours les magistrats que l'on attendrait, le juge judiciaire ayant reçu du législateur la compétence pour contrôler la fonction de règlement des différends, à l'exception de celle exercée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le Conseil d'État est lui compétent pour contrôler, sans exception, l'ensemble des procédures répressives des autorités sectorielles.

À côté du contrôle de légalité, il faut ménager une réflexion sur la responsabilité des autorités de régulation, responsabilité qu'il ne faut pas prendre dans un sens étroit, uniquement juridictionnel. Ici encore le contraste entre les deux pays est frappant à maints égards. L'engagement de la responsabilité de l'Administration britannique, et *a fortiori* celui des autorités sectorielles, est difficile. Le Conseil d'État et le juge judiciaire ont, en France, consacré un régime de responsabilité pour faute lourde dans la conduite, par ces autorités, de leur fonction contentieuse. L'attention est davantage focalisée au Royaume-Uni sur la responsabilité démocratique des autorités de régulation. Pourtant, et malgré l'importance juridique du principe de responsabilité au Royaume-Uni, l'attention du Parlement sur la fonction contentieuse des autorités sectorielles est relative. C'est l'institution de l'ombudsman qui a pu, dans certains cas, redonner toute son efficacité au contrôle démocratique.

Après avoir analysé le contentieux de la légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles (Sous-Titre I), il faudra étudier le contrôle de la responsabilité de ces instances (Sous-Titre II).

*

Sous-Titre I — Le contrôle de la légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles

Sous-Titre II — Le contrôle de la responsabilité des autorités sectorielles dans l'exercice de leur fonction contentieuse

SOUS-TITRE I — LE CONTROLE DE LA LEGALITE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITES SECTORIELLES

Conformément à l'objectif de cette partie, il ne pourra être ici question de discuter du contrôle de légalité des décisions autres que des décisions dont nous avons identifié les caractères dans la première partie et dont nous avons précisé le régime dans le titre précédent. Le contrôle de légalité du pouvoir réglementaire et des autres décisions individuelles des autorités sectorielles est intéressant, mais son traitement ne serait pas cohérent avec la délimitation du sujet et pose des questions juridiques tout à fait différentes. À titre d'exemple, la question de l'impact de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le contrôle juridictionnel de ce type de décision se pose à la marge ou ne se pose pas du tout. De même, il n'est pas assuré que le contrôle possède ici une quelconque singularité. Hors du sujet, répondant à des problématiques juridiques différentes, le contrôle de légalité des décisions qui ne font pas partie de l'exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation ne sera donc pas traité.

L'étude du contrôle de la légalité des décisions des autorités sectorielles permet de mettre en évidence un paradoxe. Alors que les caractères du recours sont, de manière croissante, influencés tant par le droit de l'Union européenne que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, certaines traditions nationales sont plus fortes et le contrôle s'inscrit davantage dans une tradition que dans un renouveau³⁴²³. Malgré une impression de permanence, imposée par la comparaison, certaines nouveautés apparaissent qui modifient l'office du juge.

L'influence des sources externes ne doit cependant pas être négligée. Elles ont profondément influencé le contrôle de légalité dans chaque pays, imposant des standards de contrôle de plus en plus élevés. L'intérêt de l'étude est donc de montrer dans un premier temps comment les exigences externes, l'influence du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne, se sont articulées avec les caractères du contrôle de légalité dans chaque pays pour les faire finalement évoluer. Chaque recours garde toutefois, encore aujourd'hui, des spécificités et des différences bien marquées que ces sources externes n'ont pas réussi à éliminer. Malgré tout ce que les études de droit comparé peuvent écrire sur la différence des systèmes juridiques, sur le caractère jurisprudentiel du *common law* et écrit du droit continental, on verra que le juge administratif français est, au contraire, extrêmement dynamique et a réagi de manière radicale à l'intervention de ces sources, quand le juge anglais, lui, reste extrêmement attaché à la permanence de ses principes.

Ces évolutions n'ont pas entraîné une harmonisation de la mise en œuvre pratique du contrôle de légalité. Ici aussi, deux modèles radicalement opposés se font face. Le choix de créer une instance *ad hoc*, spécialisée, au Royaume-Uni s'oppose à la confiance dans la magistrature en France. Malgré le caractère extrêmement technique des décisions, surtout dans le domaine du règlement des différends, la France a choisi de rester fidèle à ses juges et de leur confier le contrôle. Il n'est pas assuré, comme nous le montrerons, que ce choix soit des plus sages et surtout celui de confier le contrôle au juge judiciaire. Dans une matière qui ressemble à s'y méprendre à son office de juge

³⁴²³ V. la démonstration de C. Teitgen-Colly sur la manière dont les juridictions ont peu à peu, en France, apprivoisé cette nouvelle forme institutionnelle : « Les instances de régulation et la Constitution », *Revue du droit public et de la science politique*, 1990, n° 1, pp. 153-259 et pp. 214-218. V. aussi N. Decoopman, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993, pp. 211-230.

du contrat, le contrôle de la décision administrative de règlement des litiges n'y a pas gagné.

Il faudra donc étudier en premier lieu les influences externes qui pèsent sur le contrôle de légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles (Chapitre I) avant d'étudier sa mise en œuvre pratique, entre tradition et renouveau (Chapitre II).

*

Chapitre I – Un contrôle de légalité sous influence externe

Chapitre II – Une mise en œuvre entre tradition et renouveau

CHAPITRE I — UN CONTRÔLE DE LÉGALITÉ SOUS INFLUENCE EXTERNE

Le contrôle de la légalité des décisions contentieuses des autorités sectorielles est largement sous influence extérieure. Le droit de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme imposent un recours et imposent les caractères de celui-ci.

L'enchevêtrement des espaces normatifs est ici à son comble et il n'est pas sûr qu'il soit toujours d'un apport décisif. Ainsi le droit au recours, et surtout en matière disciplinaire, est reconnu tant en France qu'au Royaume-Uni. En revanche, certains caractères de ce droit ont subi l'influence significative de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Mais, pour apprécier l'évolution des recours en matière de légalité, il faudra procéder à leur analyse comparée. Seule l'analyse comparée du recours pour excès de pouvoir et du recours en *judicial review* permet de comprendre les évolutions ultérieures ainsi que les solutions futures et le degré de contrôle effectif sur les décisions des autorités sectorielles. De même, la création de *tribunals* au Royaume-Uni ne peut se comprendre si l'on ne comprend pas les ressorts profonds du *judicial review* et ses caractères distinctifs.

C'est donc d'abord en étudiant les influences externes puis en comparant les recours et leur évolution sous cette influence que l'on pourra comprendre les agencements choisis par les législateurs anglais et français.

Aussi faudra-t-il étudier d'abord les exigences externes en matière de recours (Section 1), avant d'analyser la manière dont les recours internes ont évolué sous l'influence de ces sources (Section 2).

*

Section 1 — Les exigences externes en matière de recours

Section 2 — L'évolution du contrôle de légalité dans les droits internes

Section 1 — *Les exigences externes en matière de recours*

Deux sources encadrent les modalités des recours contre les décisions des autorités sectorielles dans l'exercice de leur fonction contentieuse : le droit de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le premier possède une influence directe, mais circonscrite aux secteurs dans lesquels il constitue la source des pouvoirs des autorités sectorielles. On verra que l'influence de ce droit est ambiguë et relative. Si, certaines directives, notamment dans le secteur des communications électroniques, semblent établir des exigences élevées, le standard de contrôle effectif du droit de l'Union européenne reste incertain et repose largement sur l'appréciation des États membres.

Le droit européen en revanche, d'influence transversale, est important dans la détermination du niveau de contrôle et des caractéristiques des organes de contrôle dans les droits internes, et spécialement dans le domaine de la fonction contentieuse de l'Administration.

*

§1 — L'influence modérée du droit de l'Union européenne

§2 — L'influence déterminante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

*

§ 1 — L'influence modérée du droit de l'Union européenne

Le droit au recours, consacré par les directives sectorielles, a pour fondement le droit général à une protection juridictionnelle effective, lequel n'est pas sans limites (I). Les directives, surtout dans le domaine des communications électroniques, mais aussi dans celui de l'énergie, reprennent et précisent certaines modalités des recours (II). On verra enfin le rôle que peut jouer la Commission dans le contrôle des décisions des autorités sectorielles (III).

I — Le fondement du droit au recours et ses limites

Les pouvoirs des autorités administratives dans les secteurs régulés tiennent leur source, pour une large part, du droit de l'Union européenne, lequel confère en retour aux citoyens européens des droits opposables à leurs concurrents (un droit d'accès par exemple) et à la puissance publique.

Dans ce cadre, le droit de l'Union européenne est sensible à ce que les droits subjectifs qu'il confère, les pouvoirs qu'il accorde, soient effectivement exercés, et à bon escient, et bénéficient aussi de protections effectives. Le droit au recours contre les décisions des autorités sectorielles s'inscrit donc dans la volonté d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne et des droits qu'il institue.

Aussi, les acteurs dans les secteurs régulés, le plus souvent d'ailleurs des personnes morales, disposent-elles d'un droit au recours qui leur assure une protection juridictionnelle effective (A). Ce droit doit néanmoins être concilié avec la préservation de l'autonomie procédurale des États membres (B).

A — Le droit à une protection juridictionnelle effective

1202. Les directives, dans certains secteurs, confèrent un droit au recours³⁴²⁴. Ce droit n'est que la reprise du droit au recours que protège le droit de l'Union européenne, repris à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux³⁴²⁵.

1203. La consécration du droit à une protection juridictionnelle effective s'inscrit dans l'évolution qui a fait progressivement de la Communauté européenne une communauté de droit³⁴²⁶. La Cour de justice, depuis les années quatre-vingts, s'est attachée à assurer que les droits que les justiciables tiennent du droit de l'Union européenne puissent être effectivement protégés. Aussi, la protection juridictionnelle du justiciable européen doit-elle être « la plus étendue possible et ne connaître aucune faille »³⁴²⁷. Ce droit permet ainsi d'éviter qu'une Administration étatique ne manifeste une « attitude arbitraire ou systématiquement

³⁴²⁴ V. Directive 2002/21/CE modifiée, article 4 §1 : « Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale, d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement. Les États membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace ». V. aussi article 37, §17, de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE ; article 41 §17, de la directive du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

³⁴²⁵ V. C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG c. Commission européenne, aff. C-272/09 P ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commission européenne, aff. C-386/10 P ; C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG c. Commission européenne, aff. C-389/10 P. Dans ces trois affaires, le Cour de justice considère que le recours prévu contre les décisions de la Commission en matière de pratique anticoncurrentielles est conforme au droit à une protection juridictionnelle effective dont les exigences (inscrites à l'article 47 de la charte qui reprennent celles prévues à l'article 6 § 1 de la C.E.S.D.H.L.F.).

³⁴²⁶ V. A. Arnall, « The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse? », *European Law Review*, 2011, p. 51 suiv.

³⁴²⁷ V. P. Cassia, L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 14, 2002, spéc. p. 64. V. les arrêts C.J.C.E., 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen, aff. 294/83 (Recueil 1986, p. 1339). Cet arrêt affirme l'importance de disposer du recours en annulation contre les actes des institutions communautaires, fût-ce du Parlement européen. La Cour juge ainsi qu'un recours direct doit être « ouvert contre toutes dispositions prises par les institutions et visant à produire un effet juridique ».

défavorable envers les appareils importés »³⁴²⁸ et ne nuise, par là même, à la liberté de circulation protégée par le traité.

1204. La Cour juge ainsi que les États membres doivent, tout en disposant de la liberté du choix des voies et des moyens, prendre « toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit »³⁴²⁹. Ce droit au recours, qui matérialise la protection juridictionnelle effective, bénéficie en outre d'un fondement externe au traité. Dans l'arrêt Johnston, la Cour de justice affirme qu'il convient de tenir compte des principes dont s'inspire la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme au nombre desquels figure le principe d'un contrôle juridictionnel effectif, principe qui se trouve aussi à la base des traditions constitutionnelles des États membres³⁴³⁰.

1205. Ce droit a une double portée. Il encadre la qualité du recours et ses modalités. Au titre de la qualité du recours, il implique que les justiciables doivent pouvoir disposer, en droit national, d'une voie de recours de nature juridictionnelle³⁴³¹. Le droit d'accès au juge est donc une exigence à la base du droit à une protection juridictionnelle effective. La Cour a donc jugé qu'un recours devant un comité d'experts ne pouvait remplir l'exigence du droit au recours dans la mesure où d'une part ce comité est un organe administratif et non juridictionnel et où, d'autre part, les mesures qu'il prend sont de simples recommandations dépourvues de caractère contraignant³⁴³². Ensuite, au titre des modalités du recours, il implique le respect des exigences du procès équitable, rappelées à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

1206. Le droit au recours, reconnu par le droit de l'Union européenne, dispose donc de bases solides. Il connaît néanmoins une limite qui tient à l'autonomie procédurale des États membres, autonomie dont il convient d'apprécier la portée.

B — La limite de la communautarisation : la garantie de l'autonomie procédurale des États membres

1207. Dans les secteurs étudiés, les directives précisent que les règles qu'elles établissent en matière de recours « ne portent pas atteinte aux droits garantis aux personnes morales ou physiques en droit national, pas plus qu'à la répartition des compétences au sein des systèmes juridictionnels nationaux »³⁴³³. Ce principe a été consacré par la Cour dans l'arrêt de principe

³⁴²⁸ V. C.J.C.E., 13 décembre 1991, Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA., aff. C-18/88, points 34-36 (Recueil, p. I-594). V. aussi C.J.C.E., 12 mars 1987, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, aff. 178/84 (Recueil, p. 1227), point 46 ; C.J.C.E., 27 octobre 1993, M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagache et autres, aff. jointes C-46/90 et C-93/91, points 25 à 29 (Recueil, p. I-05267).

³⁴²⁹ V. C.J.C.E., 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, aff. 14/83 (Recueil 1984, p. 1891).

³⁴³⁰ V. C.J.C.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84 (Recueil 1986, p. 1651) : « le principe d'un contrôle juridictionnel effectif (...), principe qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qu'ont consacré les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

³⁴³¹ V. J. Molinier, « Principes généraux », Répertoire Dalloz de droit communautaire, préc., n° 144.

³⁴³² V. C.J.C.E., 27 novembre 2001, Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche, aff. C-424/99 (Recueil 2001, p. I-09285).

³⁴³³ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, considérant 12.

Salgoil, du 19 décembre 1968³⁴³⁴. Ce principe implique qu'« en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »³⁴³⁵.

1208. Ce principe implique donc que c'est à l'État membre d'organiser le respect des droits que confère le droit de l'Union européenne, à un double niveau. Il est d'une part compétent pour fixer l'organisation, la structure des recours et notamment les compétences juridictionnelles concernées et, d'autre part, pour régler les procédures applicables. Ainsi, le droit de l'Union européenne ne préjuge en rien des voies de droit à utiliser, car « le système de protection juridique mis en œuvre par le traité [...] implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »³⁴³⁶. La mise en œuvre du droit de l'Union européenne doit par conséquent s'effectuer « dans le respect des formes et procédures du droit national »³⁴³⁷. La Cour de justice refuse par conséquent d'intervenir dans les questions de compétence juridictionnelle³⁴³⁸.

1209. Mais le devoir de coopération, qui découle de l'article 10 — lequel pose une obligation positive d'exécution du droit de l'Union européenne et négative, d'abstention d'édicter toute mesure susceptible de nuire à la réalisation de ce droit, et la nécessité d'assurer l'effet utile des normes européennes — implique que l'autonomie procédurale ne doit pas nuire à l'efficacité de ce droit. La poursuite de l'efficacité du droit de l'Union européenne peut même, dans certaines hypothèses, produire un « effacement de l'autonomie procédurale », selon Olivier Dubos³⁴³⁹.

Comment ces principes sont-ils mis en œuvre et qu'exige le droit de l'Union européenne dans les secteurs étudiés ? Il faut à présent étudier les modalités du droit au recours que les directives mettent en place.

³⁴³⁴ V. C.J.C.E., 19 décembre 1968, Société par actions Salgoil contre ministère du Commerce extérieur de la République italienne, aff. 13-68 (Recueil p. 661). La Cour juge dans cet arrêt qu'il appartient « à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée ».

³⁴³⁵ V. C.J.C.E., 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland, aff. 33-76 (Recueil 1976, p. 1989).

³⁴³⁶ V. C.J.C.E., 7 juillet 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen contre Hauptzollamt Kiel, aff. 158/80 (Recueil 1981, p. 1805). V. S. Guinchard, et alii, Procédure civile, préc., spéc. pp. 621 suiv..

³⁴³⁷ V. C.J.C.E., 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen., aff. 39/70 (Recueil, p. 49). V. G. Isaac, M. Blanquet, Droit général de l'Union européenne, préc., spéc. p. 316.

³⁴³⁸ V. C.J.C.E., 22 mai 2003, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197), point 35. V. Europe, 1^{er} juillet 2003, n° 7, pp. 8-9, note D. Simon.

³⁴³⁹ V. O. Dubos, Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 4, 2001, spéc. pp. 285 suiv.. V. aussi D.-U. Galetta, Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?, Springer, 2010, spéc. chap 2, 3, 4.

II — Les modalités du droit au recours dans les directives sectorielles

Les directives fixent plusieurs éléments relatifs au recours contre les décisions des autorités réglementaires nationales. Souvent, ces éléments ne sont que la reprise de standards jurisprudentiels préexistants, dont il faudra, par conséquent, établir la portée. L'ensemble des textes n'est pas homogène et il apparaît que le domaine dans lequel le droit de l'Union européenne est le plus exigeant et le plus précis est le domaine des communications électroniques. C'est aussi dans ce domaine que les précisions jurisprudentielles ont été les plus fournies.

Cependant, si cette jurisprudence est de portée limitée, car elle est constituée en grande partie de décisions préjudicielles, les solutions s'appuient bien souvent sur les principes généraux du droit de l'Union européenne et peuvent par conséquent avoir une portée plus large. Il incombera alors de préciser, au moment opportun, les solutions susceptibles d'avoir une portée plus large, pouvant s'étendre aux autres secteurs.

Malgré ces disparités, et en prenant comme cœur de la démonstration les exigences du droit européen des communications électroniques, il faudra analyser la manière dont les directives encadrent l'efficacité du recours (A), les titulaires du recours (B), et, enfin, les caractéristiques de l'organe de recours (C).

A — L'efficacité du recours

La directive dite « cadre », dans le secteur des communications électroniques, prévoit que le mécanisme de recours, aménagé par le droit interne, doit être efficace³⁴⁴⁰ (1). En tant que reprise d'un principe général européen, il est possible de conférer une portée large à ce principe (2).

1 — Le principe dans les textes

1210. La directive dite « cadre » semble conférer à ce terme une double portée. Il signifie d'abord que l'organe de recours doit disposer des compétences suffisantes « pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement ».

1211. Il implique ensuite que « le fond de l'affaire soit dûment pris en considération ». La Cour de justice a ainsi été amenée à préciser que cette exigence implique que l'autorité de recours doit pouvoir « disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour examiner le bien-fondé d'un recours, y compris, le cas échéant, les informations confidentielles que lesdites autorités ont prises en considération pour adopter la décision qui fait l'objet du recours »³⁴⁴¹. Cette conséquence semble logique, l'organisme de recours ne pourrait utilement remplir son office s'il ne pouvait, dans le cadre de l'examen de la décision, disposer de l'ensemble des informations sur lesquelles l'autorité administrative s'est fondée pour prendre

³⁴⁴⁰ V. article 4 §1 de la directive « cadre » dans sa version consolidée.

³⁴⁴¹ V. C.J.C.E., 13 juillet 2006, Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), aff. C-438/04, point 43 (Recueil, p. I-06675).

cette décision³⁴⁴². Toutefois, le secret des affaires bénéficiant aussi d'une protection au niveau européen, le juge devra « garantir le traitement confidentiel des données » en question³⁴⁴³.

Les textes semblent donc limiter la portée de ce principe. L'analyse de la jurisprudence montre qu'il peut comporter des conséquences plus importantes.

2 — *La portée dans la jurisprudence*

1212. Mais le caractère efficace du recours peut avoir, dans la jurisprudence, une portée beaucoup plus significative, car il se rattache en réalité au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne³⁴⁴⁴. Aussi, pour la Cour de justice, le principe d'effectivité implique-t-il que les aménagements du recours « ne rendent pas impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés » par le droit de l'Union européenne³⁴⁴⁵.

1213. Plus spécifiquement, il impose la possibilité de disposer d'une voie de recours dans un délai raisonnable. Le délai d'un mois ne semble pas, à cet égard, déraisonnable³⁴⁴⁶. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de délai n'est, aux dires de la doctrine, pas clairement stabilisée³⁴⁴⁷. Pour Mariolina Eliantonio, les délais de recours violent le droit à une protection juridictionnelle effective lorsqu'ils privent les parties concernées de tout recours devant les autorités juridictionnelles nationales ou lorsqu'elles restreignent de manière excessive la possibilité de faire valoir un droit tiré du droit européen.

1214. Il n'est pas aisé de conférer une portée claire au principe général d'effectivité, afin de pouvoir établir, dans les autres domaines que celui des communications électroniques, ce qu'implique ce principe en terme de recours. En dehors des délais d'action en justice ou des règles d'administration de la preuve, ce principe n'a pas eu une portée significative sur les recours dans les droits internes des États membres³⁴⁴⁸. La Cour s'est en effet montrée prudente, car, comme l'explique Olivier Dubos, « elle n'examine pas la règle procédurale de

³⁴⁴² V. Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl, 23 mars 2006, *Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-438/04, points 83 suiv. (Recueil, p. I-06675).

³⁴⁴³ V. C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, aff. C-438/04, point 43 (Recueil, p. I-06675).

³⁴⁴⁴ V. pour une telle analogie, les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 18 juillet 2007, sous l'arrêt *Arcor AG & Co. KG contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-55/06 (Recueil, p. I-02931) : « L'article 5 bis, comme d'ailleurs l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre, constitue une émanation du principe général de droit européen selon lequel les États membres ont la responsabilité d'assurer une protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent de l'ordre juridique communautaire » (point 105).

³⁴⁴⁵ V. notam. C.J.C.E., 16 mai 2000, *Shirley Preston e.a. contre Wolverhampton Healthcare NHS Trust e.a. et Dorothy Fletcher e.a. contre Midland Bank plc*, C-78/98, point 31 (Rec. p. I-3201) ; C.J.C.E., 7 janvier 2004, *The Queen, à la demande de Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, point 67 (Recueil, p. I-723).

³⁴⁴⁶ V. C.J.C.E., 19 septembre 2006, *i-21 Germany GmbH (C-392/04) et Arcor AG & Co. KG (C-422/04) contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, point 60 (Recueil, p. I-08559) : « Dans les affaires en cause au principal, il n'a pas été avancé que les règles entourant l'introduction de recours, et notamment le délai d'un mois imparti à cet effet, étaient déraisonnables ». V. Europe n° 6, juin 2008, comm. 176, D. Simon.

³⁴⁴⁷ V. M. Eliantonio, « The Influence of the ECJ's Case Law on Time Limits in the Italian, German and English Administrative Legal Systems: A Comparative Analysis », (2009) 15 *European Public Law* pp. 615–652, spéc. p. 616.

³⁴⁴⁸ V. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, préc., n° 248 (délais de prescription) et n° 249 (pour les règles d'administration de la preuve).

façon désincarnée, mais dans son système processuel »³⁴⁴⁹. C'est pourquoi la Cour explique, dans l'arrêt *Peterbroeck*, que « pour l'application de ces principes, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit européen doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure »³⁴⁵⁰.

1215. Aussi, faut-il conclure avec Olivier Dubos que le principe d'effectivité « ne fixe pas un véritable standard communautaire dans la mesure où ce niveau est susceptible de variations en fonction du contexte dans lequel s'inscrit la règle procédurale en cause »³⁴⁵¹.

1216. L'étude de la jurisprudence confirme ce point de vue. Cette jurisprudence ne concerne que les règles antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 4 de la directive dite « cadre ». Les deux arrêts qui se sont penchés sur la question de l'intensité du contrôle, les arrêts *Connect Austria* et *Arcor*, aboutissent à des résultats limités. Dans l'arrêt *Connect Austria*, la Cour de justice a condamné le dispositif autrichien seulement en ce que celui-ci aboutissait à exclure la compétence de la seule juridiction qui pouvait en droit interne effectuer un contrôle de légalité de la décision de l'autorité réglementaire nationale. Seule la Cour constitutionnelle était compétente, mais elle ne pouvait se prononcer que sur une atteinte à un droit de valeur constitutionnelle. Pour la Cour de justice, un contrôle limité à l'atteinte à un droit constitutionnel ne peut constituer un contrôle juridictionnel effectif³⁴⁵². Dans le second arrêt, *Arcor*, le juge allemand demandait à la Cour si un contrôle limité, laissant une large marge d'appréciation à l'autorité administrative, était compatible avec les principes du droit européen. Pour l'avocat général Maduro, « le fait que le droit procédural national applicable restreint l'intensité du contrôle juridictionnel ne peut pas avoir comme effet que les décisions des autorités réglementaires échappent à un contrôle juridictionnel effectif »³⁴⁵³.

1217. Pour Xavier Taton et Olivier Van Der Haegen, l'article 4 de la directive dite « cadre » n'aurait pas pour effet de renverser cette jurisprudence et d'exiger un contrôle plus poussé des mesures nationales³⁴⁵⁴.

1218. Le niveau d'exigence des directives et de la jurisprudence quant à l'intensité du contrôle est donc assez restreint.

Les directives, en plus de préciser certains éléments tenant à l'efficacité du recours, précisent aussi les titulaires de celui-ci.

³⁴⁴⁹ V. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, préc., n° 251.

³⁴⁵⁰ C.J.C.E., 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, *Van Campenhout* C^{te} SCS c. État belge, aff. C-312/93, Recueil p. I-4621, n° 14.

³⁴⁵¹ V. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, préc., n° 251, p. 284.

³⁴⁵² V. C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH et Telekom-Control-Kommission*, affaire C-462/99, préc.. V. X. Taton, O. Van Der Haegen, « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *Journal de droit européen*, n° 180, 6/2011, p. 157, spéc. n° 18-21.

³⁴⁵³ Concl. de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 18 juillet 2007, Affaire C-55/06, *Arcor AG & Co. KG contre République fédérale d'Allemagne*.

³⁴⁵⁴ V. X. Taton, O. Van Der Haegen, « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *Journal de droit européen*, n° 180, 6/2011, p. 157, spéc. n° 21.

Les directives dans le domaine des communications électroniques distinguent la qualité (1) et l'intérêt pour agir (2). Dans le domaine énergétique, seul l'intérêt pour agir est défini³⁴⁵⁵.

La détermination de la qualité et de l'intérêt pour agir est intimement liée au caractère effectif du recours. Comme l'affirme la Cour de justice, si la définition de la qualité comme de l'intérêt pour agir dépend du droit national, il ne faut pas que celle-ci porte atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective³⁴⁵⁶.

1 — La qualité pour agir

1219. Les titulaires du droit sont limitativement énumérés dans la directive dite « cadre », même s'ils comprennent potentiellement de nombreux opérateurs. Ils sont circonscrits à « tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques ». Comme le rappelle l'avocat général Poiares Maduro dans le contentieux Tele2, cette disposition de la directive a connu des modifications. Au départ, le projet de la Commission n'ouvrait le recours qu'à « un utilisateur ou à une entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques ». Toutefois, le considérant explicitant cette disposition faisait bien référence à « toute partie », et n'a pas connu, lui, de modification³⁴⁵⁷.

1220. La Cour de justice de l'Union interprète donc cette disposition comme incluant non seulement les destinataires de la décision, mais aussi tous les concurrents qui pourraient être affectés par cette décision³⁴⁵⁸. On voit donc que, finalement, la qualité de la personne compte moins que son intérêt, le fait d'être affecté par la décision en question.

³⁴⁵⁵ V. Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 37 §17 ; Directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 41 §17.

³⁴⁵⁶ V. C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Safalero Srl c. Prefetto di Genova*, aff. C-13/01, Recueil p. I-8679, points 49-50 et 54-56 : « s'il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective » ; C.J.C.E., 11 juillet 1991, *A. Verholen et autres contre Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, C-87/90 à C-89/90, point 24 (Recueil, p. I-3757).

³⁴⁵⁷ V. Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 15 février 2007, *Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, aff. C-426/05, point 21 (Recueil, p. I-00685). V. le projet de la Commission et les amendements du Parlement dans le JO 2001 C 277, pp. 92 et 98.

³⁴⁵⁸ V. C.J.C.E., 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication*, Rec. 2008, p. I-685 ; H. Weyer (2009) 46 *Common Market Law Review* pp. 1737-1755 ; M. Eliantonio, G. Glavanovits, « EU Law and Access to Court: The Experience of Austria in the Telecommunications Sector » (2011) 17 *European Public Law*, pp. 51-60 ; Europe n° 4, avril 2008, comm. 108, comm. F. Kauff-Gazin ; C.J.C.E., 24 avril 2008, *C-55/06, Arcor*, p. I-2931. V. F. Rizzuto, « The harmonised enforcement of European Union telecommunications law: the case law of the European judicature on the constitutional fundamentals: Part 1 », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2009, spéc. pp. 37 suiv. ; F. Rizzuto, « The harmonised enforcement of European Union telecommunications law: the case law of the European judicature on the constitutional fundamentals: Part 2 », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2009, spéc. pp. 67 suiv..

1221. L'exigence d'un intérêt pour agir, contre la décision d'une autorité réglementaire nationale, n'est qu'un rappel d'une exigence plus générale : « l'ensemble des systèmes juridiques », explique Paul Cassia, « exige un intérêt dans le chef du requérant [...] aussi bien en ce qui concerne les ordres juridiques nationaux que les mécanismes internationaux de règlement des différends, ou les organes chargés de la protection des droits de l'homme »³⁴⁵⁹. Le droit européen et les directives sectorielles ne font, à cet égard, pas exception.

1222. La directive dite « cadre » précise ainsi que le titulaire du droit au recours doit avoir été « affecté »³⁴⁶⁰ par la décision en question. Les directives dans les domaines énergétiques définissent les personnes titulaires d'un droit au recours en précisant qu'elles doivent avoir été « lésées »³⁴⁶¹. La Cour a jugé, dans le secteur des télécommunications, mais le raisonnement est aisément transposable à l'énergie, que ces dispositions sont d'effet direct³⁴⁶².

1223. Dans le domaine des télécommunications, la jurisprudence de la Cour est venue préciser la portée qu'il faut attacher au droit conféré à une partie affectée, touchée ou lésée d'exercer un recours. En effet, la directive modifiée du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications garantissait un droit au recours à toute partie « touchée » par une décision de l'autorité réglementaire nationale compétente³⁴⁶³. Mais, comme le relève la Cour à l'occasion d'une question préjudicielle, la directive ne précise pas l'instance compétente dans chaque État membre pour connaître de ce recours³⁴⁶⁴. Or, en l'absence de transposition de la directive, les requérants ne pouvaient exercer de recours que dans des hypothèses limitées d'intérêts lésés. L'instance de recours ne pouvait en effet connaître que des moyens tirés de la « violation d'un droit qui lui est garanti par une loi constitutionnelle ou par l'application d'un règlement non conforme à la loi, d'une loi inconstitutionnelle ou d'un traité international non conforme au droit ». Une telle limitation des intérêts susceptibles d'ouvrir le recours en annulation à un requérant ne saurait, pour la Cour de justice, « constituer un mécanisme adéquat » au sens des stipulations de la

³⁴⁵⁹ V. P. Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, préc., pp. 20-24.

³⁴⁶⁰ V. Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), version consolidée, article 4 §1.

³⁴⁶¹ V. Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 37 §17 ; Directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 41 §17. Les deux textes stipulent que les « partie[s] lésée[s] par une décision d'une autorité de régulation » doivent pouvoir « exercer un recours ».

³⁴⁶² V. C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, en présence de *Mobikom Austria AG*, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197).

³⁴⁶³ V. Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (J.O. n° L 192, 24/07/1990, p. 1-9), modifiée par la Directive 97/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 (J.O., n° L 295, 29/10/1997, p. 23-34) qui introduit un article 5 bis qui stipule que « Les États membres garantissent l'existence, au niveau national, de mécanismes adéquats permettant à une partie touchée par une décision de l'autorité réglementaire nationale de se pourvoir devant une instance indépendante des parties intéressées ».

³⁴⁶⁴ V. C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission*, en présence de *Mobikom Austria AG*, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197), point 36.

directive³⁴⁶⁵. La restriction de « l'étendue du droit de recours » comme du « nombre des types de décisions contre lesquelles un recours peut être engagé » est « inacceptable », pour reprendre les termes de l'avocat général Geelhoed³⁴⁶⁶. Une juridiction nationale, compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'organisme en question, a donc l'obligation de laisser inappliquée toute disposition du droit national, fût-elle constitutionnelle, qui ferait échec au droit au recours posé dans le droit dérivé. La restriction constitutionnelle de l'intérêt à agir doit donc être écartée pour la Cour de justice³⁴⁶⁷.

1224. Mais cette définition de l'intérêt lésé reste négative, en tout cas, elle ne permet pas de cerner la notion de manière plus positive. Les destinataires de la décision constituent le premier cercle des personnes qui peuvent intenter un recours contre les décisions. Mais qu'en est-il des tiers, et notamment des concurrents ? La Cour de justice a jugé, à cet égard, qu'un tiers acquiert la qualité de « partie lésée », dès lors que « ses droits sont potentiellement affectés par une telle décision en raison, d'une part, de son contenu et, d'autre part, de l'activité exercée ou envisagée par cette partie »³⁴⁶⁸. Il s'agissait en l'espèce d'une décision tarifaire, d'orientation de ces tarifs vers les coûts. Or, comme l'explique l'avocat général, ces décisions ont pour objet de protéger leurs destinataires en leur assurant que leurs coûts seront couverts, mais aussi les concurrents qui n'acquitteront pas des tarifs exorbitants. Les concurrents sont ainsi directement affectés par ces décisions, car celles-ci réglementent les relations contractuelles entre les destinataires directs de ces décisions et les concurrents qui doivent emprunter le réseau et qui doivent, par conséquent, acquitter le tarif fixé par l'autorité réglementaire³⁴⁶⁹.

1225. Ainsi exprimée, la solution semble restreinte au domaine en question, mais la décision Tele2 permet d'élaborer davantage le raisonnement, et de donner ainsi à la solution une portée

³⁴⁶⁵ V. C.J.C.E., 22 mai 2003, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197), point 37.

³⁴⁶⁶ V. Conclusions de l'avocat général Geelhoed, 13 décembre 2001, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197).

³⁴⁶⁷ C.J.C.E., 22 mai 2003, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99 (Recueil, p. I-05197), point 41 : « Il s'ensuit qu'une juridiction nationale répondant aux exigences de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 qui serait compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'autorité réglementaire nationale si elle ne se heurtait pas à une disposition du droit national excluant explicitement sa compétence, tel l'article 133, point 4, du B-VG [Loi constitutionnelle fédérale de la République d'Autriche], a l'obligation de laisser celle-ci inappliquée ».

³⁴⁶⁸ V. C.J.C.E., 24 avril 2008, Arcor AG & Co. KG contre Bundesrepublik Deutschland, aff. C-55/06, point 176 (Recueil, p. I-02931). Il s'agissait de savoir, dans cette question préjudicielle, si la qualité de bénéficiaire au sens du règlement n° 2887/2000 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, définie comme une « tierce partie dûment autorisée, conformément à la directive 97/13/CE(7), ou habilitée à fournir des services de télécommunications », peut se voir reconnaître la qualité de « partie lésée » et ainsi pouvoir contester une décision des ARN autorisant les tarifs des opérateurs notifiés pour l'accès dégroupé à leur boucle locale en vertu des exigences en matière d'orientation des tarifs en fonction des coûts. Le bénéficiaire, qui n'est que fournisseur, n'est donc pas destinataire de la décision, puisqu'il se distingue de l'opérateur notifié au sens du règlement. La Cour juge donc que les dispositions précitées exigent « que les juridictions nationales interprètent et appliquent les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière telle qu'une décision de l'ARN relative à l'autorisation des tarifs d'accès dégroupé à la boucle locale puisse être contestée en justice, non seulement par l'entreprise destinataire d'une telle décision, mais également par des bénéficiaires, au sens dudit règlement, potentiellement affectés dans leurs droits par celle-ci ».

³⁴⁶⁹ V. Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, 18 juillet 2007, Arcor AG & Co. KG contre Bundesrepublik Deutschland, aff. C-55/06, points 107 suiv. (Recueil, p. I-02931).

un peu plus générale. La réponse donnée par la Cour à la question préjudicielle sur la portée du droit au recours efficace que confère l'article 4 de la directive dite « cadre » procède en effet du besoin de protéger les droits que les utilisateurs et les entreprises tirent de l'ordre juridique européen. L'article 4 est donc pour la Cour, une émanation du droit à une protection juridictionnelle effective³⁴⁷⁰. Cette protection signifie que l'ensemble des parties auxquelles le droit européen confère des droits doit pouvoir disposer d'un recours lorsque ces droits sont atteints par une décision d'une autorité réglementaire nationale.

1226. La démarche que suit la Cour consiste donc à déterminer d'abord si les personnes revendiquant une voie de recours disposent de droits conférés par le droit européen et si ces droits sont atteints par la décision d'une autorité réglementaire nationale³⁴⁷¹. Si les dispositions réglementaires en question portent sur des droits qu'attribue le droit européen, une disposition nationale qui modifie ou supprime une obligation portant sur ce droit « affecte » celui-ci au sens du droit européen et, par conséquent, ouvre un droit au recours.

L'exigence d'efficacité du recours irrigue donc les autres critères du recours tel qu'il est défini dans la directive. Le dernier élément que la directive « cadre » impose concerne les caractères de l'organe de recours.

C — Les caractéristiques de l'organe de recours

Des caractéristiques essentielles ressortent de l'analyse des textes, qui ne sont pas d'égale portée. D'une part, les textes mettent en évidence des caractéristiques essentielles liées à l'indépendance et à l'expertise de l'organe (1). D'autre part, les directives encadrent de manière plus souple la nature de l'organe : son caractère juridictionnel n'est pas obligatoire, le recours au juge peut être différé (2).

I — Des caractéristiques essentielles : un organe indépendant doté des compétences suffisantes

1227. Les caractéristiques de l'organe de recours sont précisées dans la directive « cadre » : il doit être indépendant par rapport aux parties intéressées et il doit de surcroît disposer de compétences suffisantes pour exercer ses fonctions. Ces critères n'ont pas été élaborés en jurisprudence. Le critère de l'indépendance est rappelé dans de nombreuses affaires, sans faire l'objet de précision : il est toujours défini par rapport aux « parties intéressées »³⁴⁷². Les directives dans le secteur énergétique précisent que l'organe doit aussi être indépendant du

³⁴⁷⁰ V. C.J.C.E., 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, aff. C-426/05, point 32 (Recueil, p. I-00685).

³⁴⁷¹ V. C.J.C.E., 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, aff. C-426/05, point 33 (Recueil, p. I-00685) : « Il convient dès lors de déterminer si les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent peuvent tirer des droits de l'ordre juridique communautaire, notamment des directives sur les télécommunications, et être affectés dans ces droits par suite d'une décision prise par une autorité réglementaire nationale dont ils ne sont pas les destinataires, hypothèse dans laquelle ils devraient bénéficier d'un droit de recours aux fins de soumettre cette décision à un contrôle juridictionnel ».

³⁴⁷² V. C.J.C.E., aff. C-55/06 Arcor AG & Co. KG, préc., points 163, 166-168, 171-173, 175, 176, 178, 179 et 192.

gouvernement³⁴⁷³. L'exigence de compétence n'a pas non plus été élaborée. À cet égard, on peut remarquer que l'organe de recours au Royaume-Uni respecte certainement mieux cet impératif que la Cour d'appel de Paris, car la formation de jugement du Competition Appeal Tribunal comporte obligatoirement des experts.

En plus d'être indépendant, les textes ajoutent qu'il doit être de nature juridictionnelle, même si cette exigence peut être différée.

2 — *Une caractéristique qui peut être différée : un organe juridictionnel*

1228. En revanche, son caractère juridictionnel est une condition qui peut être différée pour le droit européen. Au cas où un pays déciderait de confier ce recours à un organisme non juridictionnel, les parties doivent alors disposer du droit de formuler un nouveau recours devant une véritable juridiction³⁴⁷⁴. La logique à l'œuvre ici est moins une logique de protection et de garantie des droits qu'une logique d'harmonisation du droit de l'Union européenne, car la juridiction que vise cet article est celle concernée par l'article 234 du traité (maintenant l'article 267 du TFUE)³⁴⁷⁵, qui pourra poser des questions préjudicielles à la Cour sur une difficulté d'interprétation du droit de l'Union européenne.

1229. Il faut qu'à un moment la décision soit soumise à une juridiction susceptible de pouvoir poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur l'application du droit de l'Union européenne.

Le droit de l'Union européenne peut-il exercer une influence plus directe par le biais des dispositions qui intéressent le pouvoir de la Commission de revoir les décisions des autorités sectorielles ?

III — *Le rôle de la Commission : une instance de recours*

1230. Le modèle d'administration indirecte du droit de l'Union européenne, qui confère à la Commission, afin d'harmoniser l'application de ce droit, un rôle de contrôle et de supervision n'évolue-t-il pas dans le sens de faire de la Commission un organe de recours³⁴⁷⁶ ?

³⁴⁷³ V. Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 37 §17 ; Directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 41 §17.

³⁴⁷⁴ V. C.J.C.E., 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, aff. C-426/05, point 17 (Recueil, p. I-00685).

³⁴⁷⁵ V. sur l'incompétence de la Cour de justice pour statuer sur une question préjudicielle d'une autorité sectorielle (en l'occurrence l'autorité des télécommunications autrichienne) : C.J.C.E., 6 octobre 2005, Telekom Austria, aff. C-256/05, points 10-12 (non publié), JO C 10, 14.1.2006, p. 7. Sur la question du caractère juridictionnel d'une décision au sens de l'article 234 : C.J.C.E., ordonnance du 18 juin 1980, Borker, 138/80, Rec. p. 1975, point 3 ; arrêt du 19 octobre 1995, Job Centre, dit « Job Centre I », C-111/94, Rec. p. I-3361, point 9, et ordonnance du 22 janvier 2002, Holto, C-447/00, Rec. p. I-735, point 17.

³⁴⁷⁶ V. M. de Visser, *Network-Based Governance in EC Law: The Example of EC Competition and EC Communications Law*, Hart, 2009, spéc. Chap. 4, pp. 145 suiv.. V. aussi sur la notion d'administration indirecte : J. Ziller, « Introduction: Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen », C. Franchini, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration » ; E. Chiti, « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration », J.-L. Sauron,

1231. Cette configuration est très nette dans le domaine des communications électroniques. La directive dite « cadre » exclut d'abord tout pouvoir hiérarchique interne, affirmant l'indépendance de l'autorité par rapport aux autorités gouvernementales — en lien d'ailleurs avec l'exercice de la fonction contentieuse : « les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit de l'Union européenne. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel. Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmes les décisions prises par les autorités réglementaires nationales »³⁴⁷⁷. L'exercice du pouvoir hiérarchique interne est donc prohibé.

1232. En revanche, la directive « cadre » ménage un pouvoir de supervision au niveau européen. D'une part, la directive affirme que les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales « soutiennent activement les objectifs »³⁴⁷⁸ et « tiennent le plus grand compte des avis »³⁴⁷⁹ de l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (O.R.E.C.E.). D'autre part, dans l'exercice de certaines fonctions (de définition des marchés ainsi que d'injonction et de règlement des différends), si la décision en question est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, la directive « cadre », dans sa version consolidée, prévoit un pouvoir important des instances européennes.

1233. Quel mécanisme la directive met-elle en place pour contrôler les décisions nationales ? D'abord les autorités sectorielles nationales sont astreintes à une obligation de communication du projet de décision, obligation dont les destinataires sont la Commission, l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (O.R.E.C.E.) et les autorités sectorielles des autres États membres. Le projet de décision doit être accompagné des motifs de celle-ci.

1234. Quelle est la sanction de ce mécanisme ? Elle semble, dans les textes, assez mesurée : « L'autorité réglementaire nationale concernée tient le plus grand compte des observations formulées par les autres autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission et, à l'exception des cas visés au paragraphe 4 et au paragraphe 5, point a), elle peut adopter le projet de mesure final et, le cas échéant, le communiquer à la Commission »³⁴⁸⁰. La sanction réelle de cet article n'est pas claire.

1235. La pratique décisionnelle de la Commission, concernant les décisions de règlement des différends qui lui ont été envoyées, est, lorsqu'elle a des commentaires, d'inviter l'autorité nationale à, selon les termes de la directive, « prendre le plus grand compte » de ses observations³⁴⁸¹. La Cour de justice de l'Union a précisé que la procédure de l'article 7 ne pouvait pas se substituer à la procédure de recours en manquement³⁴⁸². Le Tribunal de

« Les réseaux d'administrations communautaires et nationales », Droit administratif européen, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (ed.), Brussels, Bruylant, 2007.

³⁴⁷⁷ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 3 §3 bis.

³⁴⁷⁸ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 3 §3 ter.

³⁴⁷⁹ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 3 §3 quater.

³⁴⁸⁰ V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 7 §7.

³⁴⁸¹ V. Vingt décisions ont été rendues par la Commission à ce jour sur des mesures de règlement des différends.

³⁴⁸² V. C.J.C.E., 3 décembre 2009, Commission c. Allemagne, aff. C-424/07, point 36 (J.O.U.E., 1/5/2010, C 113/3) : « S'agissant, troisièmement, de l'argument selon lequel la Commission aurait dû utiliser la procédure

première instance a surtout expliqué que l'expression « tient le plus grand compte » « met en exergue le caractère non contraignant d'une lettre de la Commission au titre de l'article 7, paragraphe 3, de cette directive ». En effet l'article ne donne aucune prédominance aux observations de la Commission sur celles des autres autorités réglementaires nationales. Cette stipulation, selon la Cour, « ne saurait être considérée comme produisant un effet juridique obligatoire de nature à affecter les intérêts de la requérante, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celle-ci »³⁴⁸³. Le tribunal considère les observations comme un acte préparatoire à une procédure européenne, dont la décision finale est prise par l'autorité nationale. Or, de tels actes préparatoires sont, en droit de l'Union européenne, insusceptibles de recours. Mais cela n'exclut pas, bien sûr, que la décision de l'autorité nationale récalcitrante fasse l'objet d'un recours en manquement pour violation du droit de l'Union européenne.

1236. La seule hypothèse dans laquelle la Commission dispose du pouvoir d'ordonner à une autorité réglementaire nationale de retirer un acte, ne concerne pas les décisions contentieuses³⁴⁸⁴.

1237. Au total, l'action de la Commission n'est pas tant, en droit et dans les faits, une fonction de contrôle qu'une fonction de participation à l'élaboration de la décision individuelle future. Toutefois, la Commission dispose toujours de la possibilité d'intenter un recours en manquement contre une décision qu'elle estimerait contraire au droit de l'Union européenne.

Les recours qu'elle a intentés concernant la fonction contentieuse concernaient essentiellement l'absence de cette fonction dans le droit national. C'est ce qu'elle a fait contre la Suède³⁴⁸⁵.

Conclusion du § 1

En conclusion, le droit de l'Union européenne peut exercer deux types d'influences sur le contrôle de la fonction contentieuse des autorités sectorielles.

La première influence est une influence *ex ante*, constituée des exigences posées par les textes et les principes généraux du droit de l'Union européenne quant aux caractères et à l'intensité du recours.

prévue à l'article 7 de la directive "cadre" afin de constater un manquement aux dispositions des directives en cause dans le présent recours, il importe de rappeler que des procédures particulières d'une directive ne peuvent déroger ni se substituer aux compétences de la Commission au titre de l'article 226 CE (voir, notamment, arrêt du 24 janvier 1995, Commission c. Pays-Bas, aff. C-359/93, Recueil p. I-157, point 13) ».

³⁴⁸³ T.P.I.C.E., (huitième chambre), ord., affaire T-295/06 du 22 février 2008, Base NV c. Commission des Communautés européennes, §63 à 65 ; dans le même sens T.P.I.C.E., (cinquième chambre), ord., affaire T-109/06 du 12 décembre 2007, Vodafone España, SA et Vodafone Group plc c. Commission des Communautés européennes ; Trib. UE (ord.), 24 novembre 2010, Concord Power Nordal c. Commission, aff. T-317/09 ; Trib. UE (ord.), 24 novembre 2010, RWE Transgas c. Commission, aff. T 381/09 ; V. P. Cardonnel, « Régulation : Le Tribunal de l'UE considère qu'une demande de la Commission visant à ce qu'une autorité nationale de régulation modifie une dérogation (art. 22 du règlement 2003/55) n'est pas un acte attaquant (Concord Power Nordal ; RWE Transgas) », Concurrences, n° 1-2011, n° 34321, p. 192.

³⁴⁸⁴ V. V. Directive 2002/21/CE dite « cadre » modifiée, article 7 §§4-5.

³⁴⁸⁵ V. 15th Progress Report on the Single European Electronic Communications Market – 2009, Part 1, p. 46 (http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/communications_reports/annualreports/15th/index_en.htm)

Les directives sectorielles, particulièrement dans le domaine des communications électroniques, confèrent un droit au recours et élaborent un certain nombre de critères applicables à celui-ci. Ces critères sont parfois la reprise de principes généraux comme l'efficacité du recours ; ils peuvent aussi être plus précis quant à l'indépendance de l'organe, ses compétences, ainsi que concernant les parties titulaires du droit de contester les décisions de l'autorité réglementaire nationale.

Ces exigences, pour les ordres juridiques anglais et français, ne posent toutefois pas de problèmes dirimants, ce qui explique d'ailleurs que ces stipulations ne soient pas soulevées dans les droits internes, lors de recours. Tant le principe du recours que le champ des titulaires du droit de l'exercer peuvent poser problème.

En revanche, l'exigence que l'organe se prononce au fond a, certainement, une conséquence concrète quant à la nature du recours ; même si, en l'absence de précision jurisprudentielle, il est difficile de percevoir ce que cette exigence requiert concrètement. Impose-t-elle par exemple que l'organe de recours puisse connaître aussi des faits de l'affaire ? Dans ce cas, cette disposition pourrait poser une difficulté si la décision n'était susceptible que d'un recours en *judicial review*.

Le second canal d'influence est *ex post*, il appartient à la Commission européenne qui pourra s'assurer du respect par les autorités sectorielles des objectifs des directives. La Commission examine en effet scrupuleusement les décisions de règlement des différends, pour en établir la conformité avec le droit de l'Union européenne. Ce pouvoir amène à repenser l'indépendance de ces autorités et la reconfiguration du rapport administratif que les directives introduisent. Toutefois, la Commission dispose dans ce domaine de moins de pouvoirs que ceux dont elle jouit pour d'autres types de décisions, elle ne peut imposer le retrait d'une décision par exemple. Elle doit utiliser le mécanisme traditionnel de l'avertissement sous la menace d'une procédure en manquement. Avec la mise en œuvre de la procédure de manquement, le contrôle deviendrait de nature juridictionnelle. Cependant, jamais une telle procédure n'a été mise en œuvre dans les domaines régulés. Le pouvoir d'influence de la Commission semble avoir été suffisant pour contraindre les autorités sectorielles à se conformer à leurs obligations.

À côté de cette influence modérée, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a eu un impact déterminant sur les recours juridictionnels.

§ 2 — L'influence déterminante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a eu une influence déterminante sur le contrôle juridictionnel de la fonction contentieuse de l'Administration en général et des autorités sectorielles en particulier³⁴⁸⁶.

Le droit au procès équitable, reconnu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, emporte le droit d'accès à un tribunal, organe qui doit, d'après la convention, obéir à un certain nombre de caractéristiques, dont toutes n'ont pas la même portée dans les droits internes.

³⁴⁸⁶ V. par ex. S. Braconnier, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997. Cet auteur parle même d'affaiblissement du juge administratif français sous l'effet de la jurisprudence strasbourgeoise (spéc. p. 416).

Ce tribunal doit en effet être indépendant et impartial : ces deux exigences ont entraîné de profondes réformes des juridictions suprêmes anglaise et françaises (I). Il doit aussi disposer d'une compétence de pleine juridiction (II).

I — L'indépendance et l'impartialité du tribunal

Ces deux exigences sont pleinement remplies, de même que celle imposant que le tribunal soit établi par la loi³⁴⁸⁷, au niveau des recours contre les décisions des autorités sectorielles. L'examen de la jurisprudence, tant quant à l'indépendance (A) qu'à l'impartialité (B) des organes, montre que ces conditions ont profondément transformé les cours suprêmes des pays étudiés, si bien qu'à présent, les recours aménagés dans les droits internes pour examiner les décisions des autorités sectorielles ne peuvent souffrir de doute à cet égard.

A — L'indépendance de l'organe de recours

L'exigence d'indépendance est pleinement observée puisque les instances de recours sont uniquement des juridictions dont l'indépendance ne peut être mise en doute. La Cour européenne impose cette indépendance tant vis-à-vis de l'exécutif que des parties, ce qui rejoint, à cet égard l'interprétation du droit européen exprimée dans la directive dite « cadre ». Cette indépendance s'apprécie, classiquement, à partir des règles encadrant le statut des membres du tribunal (modes de nomination, durée du mandat, inamovibilité) et des garanties juridiques proscrivant la possibilité de leur donner des instructions³⁴⁸⁸.

On analysera l'impact de cette condition en France puis au Royaume-Uni.

I — L'exigence d'indépendance de l'organe de recours en France

1238. En France, c'est l'existence d'un rapport hiérarchique ou la simple participation d'un fonctionnaire à la juridiction chargée de statuer sur les questions tranchées par un service en charge des questions soumises à la juridiction, qui ont pu faire douter de l'indépendance de ces instances³⁴⁸⁹. Néanmoins, le Conseil d'État ne manque pas de rappeler, même si ces

³⁴⁸⁷ V. L'exigence que le tribunal soit établi par la loi reflète le besoin de protéger le pouvoir judiciaire des ingérences de l'exécutif. La compétence du tribunal doit ainsi être prévue par le législateur qui peut, en revanche, s'en remettre au pouvoir réglementaire pour traiter certains détails d'organisation. V. F. Sudre, *Droit à un procès équitable*, préc., n° 114 ; Lester, Pannick & Herberg: *Human Rights Law and Practice*, préc., n° 4.6.60. V. les arrêts C.E.D.H., 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77 ; 7878/77 ; C.E.D.H., 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, n° 58442/00 ; C.E.D.H., 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, n° 32492/96.

³⁴⁸⁸ V. F. Sudre, *Convention européenne des droits de l'homme*, « Droit à un procès équitable », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526, n° 115 ; J. Pralus-Dupuy, « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », *Recueil Dalloz* 2008 p. 317 ; *Human rights law and practice*, Lord Lester of Herne Hill, D. Pannick (ed.), London, Butterworths, 1999, spéc. n°4.6.55 ; S. Trechsel, S. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005, spéc. Chap. 3, p. 53.

³⁴⁸⁹ La jurisprudence française a pu censurer le manque d'indépendance d'une juridiction en raison d'un rapport hiérarchique existant entre l'un de ses membres et une des parties au litige (Cour de cassation, soc., 17 déc. 1998, *Madaci c. CPAM Vienne* : *RTD civ.* 2000, p. 622, obs. J. Normand ; Cour de cassation, soc., 9 mars 2000, *Sba c. CPAM Grenoble*, n° 98-22435 ; Conseil d'État, 8 décembre 2000, *Mongauze*, n° 198372 : *JCP G* 2001, II,

décisions portent le visa de l'article 6, que le principe d'indépendance est un principe général applicable à la fonction de juger et qu'il impose à toute personne appelée à siéger dans une juridiction de se prononcer en toute indépendance et sans recevoir d'instruction de la part de quelque autorité que ce soit³⁴⁹⁰.

1239. Mais on s'aperçoit que la jurisprudence, ici aussi, s'applique essentiellement aux juridictions administratives spécialisées et ordinaires ; elle participe, au même titre que la juridictionnalisation des autorités sectorielles, d'un mouvement plus général qui s'explique par les caractères du contrôle de cassation du Conseil d'État qui ne remplit pas pleinement les exigences du recours de pleine juridiction.

Les juridictions du Royaume-Uni remplissent aussi pleinement cette condition.

2 — L'exigence d'indépendance de l'organe de recours au Royaume-Uni

1240. Au Royaume-Uni, le succès de ce moyen est souvent douteux, les juges s'en tenant à la position orthodoxe selon laquelle le recours en *judicial review* est suffisant pour réparer les éventuels défauts de la procédure administrative. Ainsi, dans la décision *Alconbury*, dans laquelle des droits et obligations de caractère civil étaient en jeu, les juges ont considéré que, même si le Secrétaire d'État ne pouvait être assimilé à un tribunal indépendant au sens de l'article 6, l'existence d'un recours en *judicial review* devant une juridiction remplissant pleinement cette exigence était suffisante pour assurer la compatibilité du mécanisme en question avec la convention³⁴⁹¹. La décision ultérieure *Runa Begum* réitère le même avis, en précisant que l'existence d'un recours, même limité aux questions de droit, est conforme aux exigences du droit à un procès équitable³⁴⁹². Les juges sont toutefois plus sourcilieux lorsqu'une accusation en matière pénale est en jeu, mais l'affaire qui permet d'illustrer cette

10556, concl. D. Chauvaux ; Conseil d'État, 14 octobre 2002, Berthelot, n° 219631 (Conseil national de l'Ordre des pharmaciens) ; Conseil d'État, 29 mai 2002, Vaillant, n° 222279 : AJDA 2002, p. 1242, concl. D. Chauvaux (section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens dentistes) citées par F. Sudre, « Droit à un procès équitable », préc., n° 116). De même, les juges ont pu estimer que le principe d'indépendance s'oppose aussi à la participation d'un fonctionnaire à une juridiction et que ses fonctions « le font participer à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction » (Conseil d'État, 6 décembre 2002, Aïn-Lhout, n° 221319, Recueil Lebon p. 430, RFDA 2003 p. 694, concl. P. Fombeur ; AJDA 2003, p. 492, chron. F. Donnat et D. Casas, concernant les commissions départementales des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés (CDTH) statuant sur les contestations des décisions administratives prises par les COTOREP ; Conseil d'État, 6 décembre 2002, Trognon, n° 240028, Recueil Lebon p. 427, concernant les commissions centrales d'aide sociale). Il en va de même, pour le Conseil d'État, dans l'hypothèse où « des membres de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale qui est partie à l'instance siègent dans l'une des formations de jugement de cette cour » (Conseil d'État, 30 janvier 2008, Association Orientation et Rééducation des Enfants et Adolescents de la Gironde, n° 274556). V. aussi Conseil d'État, 3 décembre 2003, M. Jean X., n° 246134, concernant la commission supérieure et des commissions contentieuses des soins gratuits). V. aussi J. Petit, « Déontologie et organisation des professions de santé », Revue de droit sanitaire et social, 2002 p. 707 ; J. Peigné, « Impartialité de l'Ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 159.

³⁴⁹⁰ V. Conseil d'État, Ass., 6 décembre 2002, Trognon, préc..

³⁴⁹¹ V. *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, spéc. §§ 29, 45, 48, 49, 60, 74, 135. P. Craig, « The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights », Public Law, 2003, spéc. p. 762-764

³⁴⁹² V. *Runa Begum v Tower Hamlets London Borough Council* [2003] UKHL 5, [2003] 2 AC 430, §§ 11, 30-33, 73, 94). V. C. F. Forsyth, « Procedural justice in administrative proceedings and Article 6(1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », Cambridge Law Journal, 2003, pp. 244 suiv..

position était une affaire réellement criminelle, jugée devant un juge pénal et soumise à un encadrement législatif particulier, si bien qu'on ne peut lui conférer une portée générale³⁴⁹³.

1241. On voit donc, alors qu'il ne fait aucun doute que les instances de recours sont bien indépendantes au sens de l'article 6, que les tribunaux anglais et français n'en tirent pas les mêmes conclusions. Les juridictions concernées par le contrôle des autorités sectorielles sont, elles, indépendantes. En France, la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire, le Conseil d'État pour l'ordre administratif jouissent d'une indépendance protégée constitutionnellement. L'indépendance du juge judiciaire est garantie par la Constitution et se manifeste par l'inamovibilité des juges du siège³⁴⁹⁴ ; le Conseil constitutionnel a étendu cette protection à l'ensemble des juridictions et notamment à la juridiction administrative dans la décision du 22 juillet 1980 dite « Validation d'actes administratifs »³⁴⁹⁵.

1242. De même, au Royaume-Uni, les juridictions compétentes en matière de recours sont soit la High Court soit le Competition Appeal Tribunal³⁴⁹⁶, qui sont deux organes indépendants, composés de magistrats. L'indépendance de la magistrature n'a que rang législatif au Royaume-Uni, elle est issue du Constitutional Reform Act de 2005, loi qui impose à l'ensemble des ministres et notamment au Lord Chancellor de respecter l'indépendance du pouvoir judiciaire³⁴⁹⁷. Les juges bénéficient aussi de l'inamovibilité.

L'indépendance des juridictions de recours ne peut donc être mise en doute. Il en est de même concernant leur impartialité ; même si, dans ce cas, des réformes récentes sont venues mettre un terme à certains éléments pouvant mettre en doute l'impartialité des cours suprêmes anglaise et françaises.

³⁴⁹³ V. *Starrs v Ruxton* 2000 J.C. 208. Dans cette affaire, étaient en jeu des poursuites exercées en vertu de pouvoirs dévolus à l'Écosse en vertu du Scotland Act 1998 (chap. 46). Cette loi interdit, en son article 57(2), à tout membre de l'exécutif écossais de faire tout acte contraire au droit de l'U.E. ou au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les fonctions de poursuites engagées contre le requérant, faisant partie de ces fonctions de l'exécutif, doivent respecter le droit au procès équitable. En conséquence, des poursuites engagées par une personne relevant de l'exécutif écossais ne peuvent remplir l'exigence d'indépendance que pose la convention et que la loi vient renforcer.

³⁴⁹⁴ V. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, préc. n° 14-3 suiv., pp. 182 suiv..

³⁴⁹⁵ V. Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, loi portant validation d'actes administratifs, n° 80-119 DC, cons. 6 (J.O.R.F., 24 juillet 1980, p. 1868 ; Recueil, p. 46). Le conseil constitutionnel juge dans cette décision que « considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». V. Les grandes décisions du conseil constitutionnel, n° 27 ; Actualité juridique droit administratif, 1980, p. 602, note G. Carcassonne ; Revue du droit public, 1980, p. 1658, note L. Favoreu ; Dalloz, 1981, p. 356, note L. Hamon ; Semaine Juridique 1981.II.19603, note Quoc Dinh Nguyen ; Revue administrative, 1981, p. 33, note M. de Villiers ; B. Stirn, « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », *Justices — Revue générale de droit processuel*, 1996 (3), p. 41. V. aussi « Indépendance », in Dictionnaire de la Justice, préc. ; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, préc., n° 7

³⁴⁹⁶ V. C. Graham, « The Enterprise Act 2002 and Competition Law », *The Modern Law Review*, Vol. 67, n° 2 (Mar., 2004), pp. 273-288.

³⁴⁹⁷ V. A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, New York, Pearson Longman, 14th ed., 2007, pp. 388 suiv.. V. G. Scoffoni et al. « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel* 2/2011 (n° 86), pp. 315-368, spéc. § 139.

B — L'impartialité des juridictions de recours

L'impartialité des juridictions de recours n'a pas été mise en doute en jurisprudence. De surcroît, des réformes récentes sont venues mettre un terme aux risques de partialité liés, en France, au statut de l'ancien commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État et à celui de l'avocat général près la Cour de cassation (1), au Royaume-Uni, à la confusion à l'intérieur de la Chambre des Lords, entre la cour suprême et la chambre haute du Parlement (2).

1 — L'impartialité des juridictions de recours en France

1243. Les fondements des réformes françaises du statut du commissaire du gouvernement comme de l'avocat général près la Cour de cassation empruntent plusieurs logiques en fonction des griefs formulés contre lui. Deux griefs essentiels sont formulés contre ces deux acteurs essentiels du procès judiciaire et administratif : d'une part leur statut, privilégié à certains égards, qui semble contraire aux principes du contradictoire et surtout de l'égalité des armes et d'autre part, leur participation au délibéré.

1244. L'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France sanctionne la France pour le rôle privilégié de l'avocat général près la Cour de cassation. L'avocat général reçoit communication du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt préparé par celui-ci et, de surcroît, ne communique pas ses conclusions aux requérants. Ce déséquilibre, pour la Cour, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable³⁴⁹⁸. Le principe du contradictoire implique en effet, pour la Cour, « en principe le droit pour les parties à un procès de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision »³⁴⁹⁹. La même suspicion a pesé sur le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État, ce que la Cour européenne a examiné dans l'arrêt Kress c. France. La requérante se plaignait de ce qu'elle n'avait pas eu connaissance des conclusions du commissaire du gouvernement avant l'audience et n'avait pas pu y répondre après, le commissaire du gouvernement parlant en dernier. Mais la Cour a écarté cet argument en se fondant sur trois éléments : d'abord, les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire, avant l'audience, le sens de ses conclusions ; ensuite, les parties peuvent y répliquer par une note en délibéré, ce qui remplit pleinement l'exigence du contradictoire ; enfin, la Cour relève que, au cas où le commissaire invoquerait un moyen non

³⁴⁹⁸ C.E.D.H., 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, n° 23043/93, Recueil 1998-II, D. 1998 Somm. p. 366, obs. G. Baudoux ; Procédures 1998, n° 177, note J. Buisson ; JCP G 1999, I, 105, chron. F. Sudre et II, 10074, note S. Soler ; RTD civ. 1998, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud ; C.E.D.H., 17 janvier 2002, Josef Fischer c. Autriche, n° 33382/96, §§16 suiv. ; C.E.D.H., 11 juillet 2002, Göc c. Turquie, n° 36590/97, Recueil 2002-V, §52 suiv. ; C.E.D.H., 26 juillet 2002, Meftah et autres c. France, n° 32911/96, Recueil 2002-VII, §§ 49 à 52, Europe 2002, n° 3999 obs. N. Deffains ; A.J.D.A., 2002, p. 1279, obs. J.-F. Flauss, RDP 2003, p. 689, obs. S. Soler ; C.E.D.H., 3 décembre 2002, Berger c. France, n° 48221/99, Recueil 2002-X, spéc. §§ 42-44, RD publ. 2003, p. 3, obs. C. Hugon ; C.E.D.H., 23 janvier 2003, Richen et Gaucher c. France, n° 31520/96 et 34359/97, §37 suiv. ; C.E.D.H., 27 novembre 2003, Slimane-Kaïd c. France (n° 2), n° 48943/99, JCP 2004-I-107, n°6, obs. F. Sudre ; C.E.D.H., 8 février 2005, Lacas c. France, n° 74587/01, §§ 22 suiv. ; C.E.D.H., 14 avril 2004, Quesne c. France, n° 65110/01, §17, JCP 2004.II.10126, note J.-H. Stark et P. Bernardet ; C.E.D.H., 12 octobre 2004, Chesnay c. France, n° 56588/00, §§ 21 à 23 ; C.E.D.H., 28 février 2006, André c. France, n° 63313/00 §§ 26 à 30 ; C.E.D.H., 7 mars 2006, Vesque c. France, n° 3774/02, § 33 ; C.E.D.H., 16 janvier 2007, Domah c. France, n° 3447/02, § 26. V. Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 310 suiv. : J.-F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, préc., n° 319.

³⁴⁹⁹ V. C.E.D.H., J. J. c. Pays-Bas arrêt du 27 mars 1998, n° 21351/93, Recueil 1998-II, § 43.

soulevé par les parties, le juge doit permettre à celles-ci d'en débattre. Ces trois ordres de considérations rendent la procédure devant le Conseil d'État, et le rôle qu'y tient son commissaire, compatible avec l'exigence du contradictoire³⁵⁰⁰.

1245. L'autre grief formulé contre le rôle de ces magistrats est leur participation au délibéré de la formation de jugement que la Cour européenne a jugé contraire au procès équitable³⁵⁰¹. René Chapus montre à quel point le fondement de cette solution est mal identifié. À l'occasion de l'analyse de la jurisprudence Kress il note que la détermination des exigences du principe d'impartialité est « mal démêlée d'ailleurs de celles des principes de l'égalité des armes et de la contradiction »³⁵⁰². En effet, le fondement de ces solutions semble être moins l'égalité des armes, le contradictoire, que l'impartialité et même plus fondamentalement, la théorie des apparences qui impose à la procédure juridictionnelle, *a fortiori* devant une cour suprême contre laquelle aucun recours n'est possible, d'être irréprochable³⁵⁰³. L'apparence confère au commissaire, selon le cas, le rôle d'un allié ou au contraire d'un adversaire, et sa participation au délibéré lui confère une occasion supplémentaire de faire valoir son point de vue sans que les parties puissent y répondre. C'est d'ailleurs à cette occasion que l'on voit à quel point impartialité et contradictoire sont ici entremêlés dans le raisonnement de la Cour³⁵⁰⁴.

1246. Ces multiples censures ont entraîné une réforme du rôle de ces magistrats et de la procédure devant ces juridictions. Ainsi, ces deux magistrats ne participent plus au délibéré, renforçant l'apparence d'impartialité de ces instances et la procédure devant ces deux hautes juridictions a été réformée afin de renforcer encore la contradiction et l'égalité des armes³⁵⁰⁵.

³⁵⁰⁰ V. C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98 ; AJDA 2001. 675, note F. Rolin ; D. 2003.152, chr. S. Guinchard ; JCP 2001.II.10578, note F. Sudre ; RD publ. 2001.895, comm. Maubernard ; RD publ. 2001.983, note Prétot ; 2002.684, RD publ. 2002.684, obs. Gonzalez ; D. 2001.2611, note Andriantsimbazovina ; D. 2001.2619, note R. Drago ; RFDA 2001.991, note B. Genevois ; RFDA 2001.1000, note J.-L. Autin et F. Sudre ; le Journal des droits de l'Homme, suppl. au journal « Les Annonces légales de la Seine » 9 août 2001, note Favreau ; RTDE 2001.727, note Benoit-Rohmer ; RTDH 2002.223, note Sermet ; Gaz. Pal. 4-5 oct. 2002, note Cohen-Jonathan, AJ 2007.1433, trib. Sermet ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 108-5 ; Droit processuel, préc., p. 828 ; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, Les grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2^e éd., 2009, n°61-6.

³⁵⁰¹ V. C.E.D.H., 27 novembre 2003, Slimane-Kaïd c. France (n° 2), n° 48943/99, spéc. § 20, JCP 2004-I-107, n° 6, obs. F. Sudre. La Cour, sur le fondement de précédentes censures concernant la Belgique et le Portugal considère que « Ceci étant, la Cour rappelle que, sur le fondement notamment de la théorie dite “des apparences”, elle a jugé contraire à l'article 6 § 1 la participation de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation Belge, avec voix consultative (arrêts Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991, Série A n° 214-B, §§ 28-29, et Vermeulen c. Belgique, du 20 février 1996, Recueil 1996-I, § 34), la présence du procureur général adjoint au délibéré de la Cour Suprême Portugaise, quand bien même il n'y disposait d'aucune voix consultative ou autre (arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, Recueil 1996-I, § 32), et la présence du Commissaire du Gouvernement au délibéré du Conseil d'État français (arrêt Kress c. France [GC], du 7 juin 2001, requête n° 39594/98, §§ 84-85). La Cour en déduit que la seule présence de l'avocat général au délibéré de la chambre criminelle de la Cour de cassation est incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention ».

³⁵⁰² V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, préc., § 1138-3, p. 996.

³⁵⁰³ V. C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, spéc. § 81.

³⁵⁰⁴ V. C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, spéc. § 82 : « C'est pourquoi la Cour a considéré que, indépendamment de l'objectivité reconnue de l'avocat général ou du procureur général, celui-ci, en recommandant l'admission ou le rejet d'un pourvoi, devenait l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties et que sa présence au délibéré lui offrait, fût-ce en apparence, une occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du conseil, à l'abri de la contradiction ».

³⁵⁰⁵ La procédure devant le Conseil d'État a connu de nombreux aménagements. D'une part, le commissaire du gouvernement, devenu rapporteur public (Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions : V. B. Pacteau, « Le

Qu'en est-il à présent de l'impartialité devant la Cour suprême anglaise ?

2 — *L'impartialité des juridictions de recours au Royaume-Uni*

1247. Dans une opinion dissidente à l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, le juge De Meyer estime que la solution s'explique « sur la base d'apparences, qui ne peuvent tromper ceux qui savent de quoi il s'agit » et ajoute, dans une note sur cette phrase : « Faudra-t-il donc aussi dire qu'à Westminster il n'y a pas non plus de procès équitable à la Chambre des lords, parce que ses juges, les Law Lords, sont aussi législateurs et parce que leur président, le Lord Chancelier, est non seulement aussi président de cette Chambre, mais en même temps, de surcroît, membre du gouvernement de Sa Majesté ? »³⁵⁰⁶. Effectivement, le juge De Meyer met en évidence deux éléments de confusion auxquels des réformes récentes ont mis un terme : le rôle du Lord Chancelier, à la fois chef du pouvoir judiciaire, membre de l'exécutif et du Parlement ainsi que la confusion au sein de la Chambre des Lords des activités législatives et judiciaires, manifestant ainsi, selon les mots de Lord Windlesham, que « la doctrine de la séparation des pouvoirs n'a jamais fait partie du modèle de démocratie parlementaire que matérialise le système de Westminster »³⁵⁰⁷.

1248. La réforme de ces deux institutions ne fut pas motivée uniquement par une censure strasbourgeoise, mais aussi, et surtout, comme l'explique Lord Windlesham, par un problème de perception. Les juges suprêmes anglais se sentaient mal à l'aise dans ce double rôle si bien que leur apport aux débats à la chambre haute était de plus en plus réduit. À ce problème de perception, qui s'apparente beaucoup à la théorie des apparences, s'est ajoutée non pas un arrêt de la Cour européenne, mais une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant le rôle du Lord Chancelier³⁵⁰⁸. Cette résolution n'avait aucune force

commissaire du gouvernement : tout va très bien ! », AJDA 2006-2503) connaît de nouvelles conditions de nominations et ne participe plus au délibéré. D'autre part, le rapporteur public doit désormais faire connaître le sens de ces conclusions avant l'audience, et les parties peuvent, elles, répliquer à celles-ci par des observations orales et peuvent toujours présenter, à l'issue de l'audience, une note en délibéré, dont le rôle a été valorisé. Sur le détail de ces réformes : Les grands arrêts du contentieux administratif, préc., n° 61-7 à 61-11 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 108-7. La procédure devant la Cour de cassation a subi le même sort et l'avocat général ne participe plus au délibéré ; quant au principe du contradictoire, il sort renforcé de ces péripéties jurisprudentielles puisque le rapport du rapporteur, fait l'objet d'une communication qui préserve l'égalité entre l'avocat général et les parties. En particulier, l'avis du rapporteur n'est communiqué ni aux parties ni à l'avocat général (Droit processuel, préc., pp. 827-828, et p. 977).

³⁵⁰⁶ V. C.E.D.H., 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, préc., note 20 à « Opinion partiellement dissidente de M. le juge De Meyer ».

³⁵⁰⁷ V. Lord Windlesham, « The Constitutional Reform Act 2005: ministers, judges and constitutional change: Part 1 », Public Law, 2005, pp. 806 suiv., spéc. p. 812. Traduction de : « the doctrine of separation of powers has never formed part of the Westminster model of parliamentary democracy ». V. aussi Lord Windlesham, « The Constitutional Reform Act 2005: ministers, judges and constitutional change: Part 2 », Public Law, 2006, pp. 35 suiv., spéc. pp. 39-40 ; D. Keene, « The Independence of the Judge » ; B. McLachlin, « Judicial Independence: A Functional Perspective » in Tom Bingham and the Transformation of the Law A Liber Amicorum, M. Andenas, D. Fairgrieve, Duncan (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009 ; J. Steyn, « The case for a Supreme Court », Law Quarterly Review, 2002, pp. 382 suiv., spéc. pp. 385-386 ; Peter L. Fitzgerald, « Constitutional Crisis over the Proposed Supreme Court for the United Kingdom », *bepress Legal Series*, 2004, Paper 276, spéc. p. 15-16 ; R. Smith, « Constitutional Reform, the Lord Chancellor, and Human Rights: The Battle of Form and Substance », *Journal of Law and Society*, Vol. 32, No. 1, The Human Rights Act: A Success Story? (Mar., 2005), pp. 187-201.

³⁵⁰⁸ V. Resolution 1342 (2003), Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom, Standing Committee, Assembly, 8 septembre 2003.

juridique contraignante et ces résolutions sont adressées aux gouvernements nationaux. Cette résolution condamne néanmoins le rôle du Chancelier sous deux fondements distincts : le principe de la séparation des pouvoirs d'une part et, d'autre part, le droit au procès équitable qui impose l'indépendance et l'impartialité de la justice. De surcroît, un arrêt de la Cour cette fois avait condamné en 2000 la confusion des fonctions du bailli de Guernesey³⁵⁰⁹.

1249. Le fonctionnement des cours suprêmes françaises et anglaise a donc été profondément transformé sur le fondement de l'impartialité. Les réformes françaises apparaissent à cet égard plus anecdotiques, se concentrant sur le rôle du commissaire du gouvernement et de l'avocat général. Les réformes anglaises ont généré une profonde transformation du fonctionnement constitutionnel anglais. Les deux systèmes semblent à présent conformes à l'exigence d'impartialité³⁵¹⁰, donnant ainsi raison à Pierre Rosanvallon qui voit dans ce principe un nouveau fondement de la légitimité démocratique³⁵¹¹.

1250. Il faut à présent comprendre comment l'exigence de l'intensité du recours, un recours de pleine juridiction se présente et si les recours traditionnels des droits internes anglais et français sont compatibles avec elle.

II — L'exigence d'un recours de pleine juridiction

Depuis l'arrêt *Le Compte*, la Cour européenne, acceptant la répression administrative met en effet les États membres devant un choix : « ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6, paragraphe 1, ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe de pleine juridiction », lequel doit être en mesure

³⁵⁰⁹ V. C.E.D.H., 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, n° 28488/95.

³⁵¹⁰ Il reste une confusion, au sein du Conseil d'État, entre les fonctions consultatives et juridictionnelles de cette instance, confusion condamnée dans l'arrêt *Procola*. Dans cet arrêt, la Cour juge que « le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution » (V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Coll. Hors collection Sirey, 11^e éd., 2009, pp. 231-232, n° 71 ; J.-L. Autin, F. Sudre, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Procola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995) », *R.F.D.A.* 1996, p. 777-796 ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, « Commission et Cour européennes des droits de l'homme », *Justices* 1997, p. 212-215 ; V. Coussirat-Coustère, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », *A.F.D.I.* 1995, p. 485 et s. ; E. Decaux, P. Tavernier, *J.D.I.* 1996, p. 253-255. A. Sherlock, J. Andrews, *European Law Review*, *Human Rights Survey* 1996, p. 78 et s. ; D. Spielmann, « Le Conseil d'État luxembourgeois après l'arrêt *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 1996, p. 275-299 ; F. Sudre, *J.C.P.* 1996, édition générale, n° 8, I, 3910 ; F. Sudre et autres, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », *R.U.D.H.* 1996, p. 1 et suiv.

³⁵¹¹ V. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Points, Coll. Points Essais n° 641, 2010. P. Rosanvallon illustre notamment son propos par le développement des autorités administratives indépendantes, liant par là même, indépendance et impartialité, mais ce propos est peut-être mieux illustré par les évolutions qu'ont connues les cours suprêmes anglaise et françaises. D'abord le niveau d'indépendance juridique des autorités qu'il étudie est très variable ; il prend pour exemple le cas américain, dont un récent arrêt de la Cour suprême montre à quel point ces instances sont aux États-Unis, peu indépendantes (Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2010, *Free Enterprise Fund et al., v. Public Company Accounting Oversight Board* : J.-B. Auby, « Remarques terminales » au colloque sur « Les autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010 p. 931). De même, l'exigence d'impartialité imposée en France ne se retrouve nulle part ailleurs. En revanche, l'impartialité qui a entraîné une transformation profonde du fonctionnement d'institutions anciennes et qui n'avaient jusqu'ici pas été remises en question montre bien à quel point, cet élément nouveau de légitimité est désormais profondément ancré dans certaines démocraties.

« de corriger les erreurs de fait » et de droit et de « contrôler la proportionnalité entre faute et sanction »³⁵¹². Pourtant, malgré l'importance de cette notion, la doctrine a pu s'écrier « Puisse la nouvelle Cour nous éclairer définitivement sur la notion d'« organe de pleine juridiction » !... »³⁵¹³.

La première source de difficulté est que le juge européen confère à cette notion une portée différente selon que l'on se situe en matière civile (A) ou dans le volet pénal (B) de l'article 6 § 1.

A — La portée de la notion en matière civile

1251. En matière civile, la Cour résume ainsi cette exigence : « pour qu'un tribunal puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6, § 1 (art. 6-1), il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »³⁵¹⁴. Elle implique notamment que la juridiction ne s'en remette pas à un avis de l'exécutif, lors d'une question préjudicielle par exemple, ce qui a pour effet de limiter la compétence de la juridiction qui ne se prononce plus « sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour statuer sur [le] litige »³⁵¹⁵.

1252. La jurisprudence de la Cour peut permettre de se faire une idée, *a contrario*, de ce que cette notion exige, puisque, par exemple, elle a été amenée à affirmer que ni une cour constitutionnelle qui se « borne à vérifier la conformité de la décision administrative avec la Constitution »³⁵¹⁶, ni une cour de cassation qui ne connaît pas du fond des affaires et

³⁵¹² V. C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*, série A, vol. 43, § 42 ; C.E.D.H., 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, Série A, n° 58, § 29 ; C.E.D.H., 26 avr. 1995, *Fischer c. Autriche*, Série A, n° 312, § 28. Ainsi, *a contrario*, par exemple, lorsque la Cour estime, dans l'arrêt *Malige c. France*, « qu'un contrôle suffisant au regard de l'article 6, paragraphe 1 se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation prononcée à l'encontre de M. Malige sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points. Par ailleurs, le requérant pourra introduire un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative afin de faire contrôler que l'autorité administrative a agi à l'issue d'une procédure régulière » (C.E.D.H., 23 septembre 1998, *Malige c. France*, n° 27812/95, spéc. § 50).

³⁵¹³ V. Renée Koering-Joulin, « Chronique internationale des droits de l'homme », *Revue de science criminelle* 1999 p. 384.

³⁵¹⁴ V. C.E.D.H., 17 décembre 1996, *Terra Woningen BV c. Pays-Bas*, n° 20641/92, § 52.

³⁵¹⁵ V. C.E.D.H., 13 février 2003, *Yamina Chevrol c. France*, n° 49636/99, *Recueil Dalloz* 2003 p. 931 ; *AJDA* 2003 p. 1984, note T. Rambaud ; H. Moutouh, « Le « référé diplomatique » sur la sellette », *Recueil Dalloz* 2003 p. 931. Le Conseil d'État jugeait qu'« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution » (Conseil d'État, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou, Lebon* p. 220). Aussi, lorsque la question de la réciprocité de l'application d'un traité était soulevée devant lui, le juge administratif posait une question préjudicielle au ministère des Affaires étrangères. Par un arrêt du 9 avril 1999 (*Mme Chevrol-Benkeddach*, n° 180277, *D.* 1999, IR p. 174), la Haute juridiction avait rejeté le recours de Mme Chevrol, sur le fondement que l'Algérie n'appliquait pas cette stipulation, et refusant de discuter les moyens soulevés par la requérante. C'est ce refus que censure la Cour européenne des droits de l'homme. Le fait que le Conseil d'État s'en remette complètement à l'avis du ministre prive cette juridiction de la compétence de pleine juridiction qui doit être la sienne.

³⁵¹⁶ V. C.E.D.H., 26 avril 1995, *Fischer c. Autriche*, n° 16922/90, § 29 ; C.E.D.H., 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, n° 15523/89, série A n° 328 A-C et 329 A-C, § 35.

notamment de l'examen des faits³⁵¹⁷, ne remplissent cette exigence. Pour Catherine Mamontoff, la notion de pleine juridiction, en matière civile, implique l'existence d'un pouvoir d'annulation du juge, mais pas un pouvoir de réformation³⁵¹⁸, ce que confirme l'arrêt Chaudet c. France du 29 octobre 2009. Dans cette décision, la Cour européenne juge que le recours pour excès de pouvoir permet, dans ce cas, de satisfaire les conditions de l'article 6, car le Conseil d'État « a pu examiner tous les moyens soulevés par la requérante, en fait comme en droit, et apprécier toutes les pièces de son dossier »³⁵¹⁹. Ainsi que le note Frédéric Sudre, cette décision confirme qu'en matière civile la « « plénitude de juridiction », au sens de l'article 6, § 1, ne suppose pas le passage au plein contentieux et n'implique pas que le juge administratif dispose d'un pouvoir de substitution. Il suffit qu'il exerce un contrôle complet de légalité et soit compétent pour donner « une solution juridictionnelle du litige..., tant pour des points de fait que pour des questions de droit » »³⁵²⁰.

1253. En réalité, comme le montrent Laure Milano³⁵²¹ et Romain Tinière³⁵²², la Cour européenne des droits de l'homme procède à une gradation des exigences du plein contentieux en matière civile. Cette gradation s'explique, pour Laure Milano, par la prise en compte de deux paramètres : l'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'Administration par la loi et la nature du droit en question.

1254. Cette échelle s'explique, d'une part, par l'approche pragmatique de la Cour, qui va examiner, au cas particulier, si les exigences du plein contentieux sont bien satisfaites. Or, le niveau de contrôle du juge est aussi dépendant du degré de pouvoir discrétionnaire que la loi lui confère. Lorsque la loi n'encadre pas ce pouvoir de règles spécifiques, l'autorité administrative dispose alors d'un pouvoir d'appréciation des faits important qui s'accorde mal avec un contrôle plein. Ainsi, dans l'affaire Obermeier, que cite Laure Milano, le silence des textes ne laisse au juge que la possibilité de « rechercher si les autorités administratives ont usé de leur pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec l'objet et le but de la loi », ce qui ne constitue pas un recours de pleine juridiction³⁵²³. *A contrario*, dans l'affaire Zumtobel, la Cour note que le pouvoir de l'Administration ne peut s'analyser comme un

³⁵¹⁷ V. C.E.D.H., 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, n° 6878/75 ; 7238/75, § 60 : « En effet, la haute juridiction “ne connaît pas du fond des affaires” (...), de sorte que de nombreux aspects des “contestations” relatives aux “droits et obligations de caractère civil” échappent à son contrôle (...). Pour de tels aspects, qui existaient en l'espèce, il n'y a eu ni débats publics ni décision rendue en public comme le veut l'article 6-1. En résumé, la cause des requérants n'a pas été entendue “publiquement” par un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction » ; C.E.D.H., 10 février 1983, Albert et Le Compte c. Belgique, n° 7299/75, 7496/76, § 36 : « Le caractère public de l'instance en cassation ne suffit pas à combler la lacune constatée au stade de la procédure disciplinaire. La haute juridiction ne connaît pas du fond des affaires, si bien que de nombreux aspects des “contestations” relatives à des “droits et obligations de caractère civil” échappent à son contrôle, dont l'examen des faits et l'appréciation de la proportionnalité entre faute et sanction ».

³⁵¹⁸ V. C. Mamontoff, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », RFDA 1999 p. 1004.

³⁵¹⁹ V. C.E.D.H., 29 octobre 2009, Chaudet c. France, n° 49037/06, § 37.

³⁵²⁰ V. F. Sudre, « Plénitude de juridiction du juge de l'excès de pouvoir en “matière civile” », La Semaine Juridique Édition Générale n° 48, 23 novembre 2009, 488.

³⁵²¹ V. L. Milano, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 57, 2006, pp. 369 suiv..

³⁵²² V. R. Tinière, « La notion de “pleine juridiction” au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », RFDA 2009 p. 729.

³⁵²³ V. C.E.D.H., 28 juin 1990, Obermeier c. Autriche, n° 11761/85, spéc. § 70. V. L. Milano, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, préc., n° 459.

pouvoir purement discrétionnaire, car le législateur a pris le soin d'encadrer l'exercice de ce pouvoir de conditions, permettant à l'organe de contrôle d'assurer son office³⁵²⁴.

1255. D'autre part, la modulation des exigences de la Cour dans la matière civile s'expliquerait aussi par la nature du droit civil en cause. L'exigence de la Cour serait ainsi plus grande dans ce qui constitue le « « noyau dur » des droits civils »³⁵²⁵ (tel le droit de la famille) que dans les droits relevant du droit administratif³⁵²⁶. Ainsi, dans une affaire concernant le droit de la famille, et plus précisément le droit de visite des parents qui se rattache au droit à une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention, les juges considèrent que le recours en *judicial review* est insuffisant. Les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un tel recours sont limités, comme le remarque la Cour, à l'examen de l'illégalité et du caractère irrationnel et inique de la décision. Aussi les juges ne peuvent-ils connaître du fond de l'affaire. Dans ce cas, le recours en *judicial review* est insuffisant³⁵²⁷. Cette solution est d'ailleurs conforme à la règle fixée dans l'arrêt *Le Compte*.

1256. Au contraire, si l'on confronte cette décision avec la décision *Bryan*, on s'aperçoit que, pour le même type de recours, la Cour parvient à une conclusion différente³⁵²⁸. Il s'agissait d'une décision, adressée au requérant, mettant celui-ci en demeure de démolir certains bâtiments construits sans autorisation. Il s'agissait donc de questions d'urbanisme. M. Bryan forma un recours contre cette décision, devant le ministre, lequel nomma un inspecteur, chargé d'instruire l'affaire, mais devant lequel il n'obtint pas satisfaction, à la suite de quoi il introduit un recours devant la High Court. La Cour européenne est ainsi conduite à examiner si ce dernier recours permet de remédier aux violations de l'article 6 résultant du caractère non indépendant de l'inspecteur. Le pouvoir de la High Court est exactement le même que dans les décisions *W.*, *B.*, *O.* et *R.* analysées précédemment. Cette juridiction dispose d'une compétence conforme à la procédure de *judicial review* : les moyens soulevés sont l'illégalité et le caractère déraisonnable ou irrationnel de la décision ou encore l'iniquité de la procédure résultant d'un défaut d'impartialité ou du non-respect des droits de la défense. Il est constant que les points de fait ne peuvent être invoqués lors de ce recours. La Cour européenne conclut pourtant que le niveau de contrôle était suffisant, en conclusion d'un raisonnement qui mobilise plusieurs arguments tirés du domaine en question et du niveau de contrôle : « pour rechercher si le contrôle que la High Court offrait en appel à M. Bryan était suffisant, il échet de considérer des questions telles que l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appel, tant souhaités que réels »³⁵²⁹. La Cour constate qu'en effet, la juridiction de contrôle ne répond pas à la définition d'un tribunal doté d'une plénitude de juridiction, car elle n'aurait pu examiner les moyens tirés d'erreurs de fait. Mais elle note qu'elle aurait en revanche pu annuler la décision

³⁵²⁴ V. C.E.D.H., 21 septembre 1993, *Zumtobel c. Autriche*, n° 12235/86, spéc. § 31.

³⁵²⁵ V. M. Elvinger, « Le contentieux de l'annulation des actes administratifs face à l'exigence du recours de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Bull. dr. h.* 5, 1996, p. 94.

³⁵²⁶ V. L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., n° 461 ; R. Tinière, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », préc., pp. 730-733, cet auteur parle d'« exigences minimales » dans la « matière administrative » et d'« exigences simplifiées et renforcées en présence d'intérêts exclusivement civils ».

³⁵²⁷ V. C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, *W. c. Royaume-Uni*, n° 9749/82, spéc. § 82 ; C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, *B. c. Royaume-Uni*, n° 9840/82, spéc. § 82 ; C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, *O. c. Royaume-Uni*, n° 9276/81, spéc. § 63 ; C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, *R. c. Royaume-Uni*, n° 10496/83, spéc. § 87.

³⁵²⁸ V. C.E.D.H., 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n° 19178/91, spéc. §§ 43-47.

³⁵²⁹ V. C.E.D.H., 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n° 19178/91, spéc. § 45.

de l'inspecteur si les faits que celui-ci prit en compte et les déductions qui en découlaient étaient arbitraires ou irrationnelles. Ainsi, même si le niveau de contrôle n'est pas adéquat, il est suffisant au cas particulier, car « l'objet de la décision attaquée était un parfait exemple de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de jugement destiné à régir le comportement des citoyens dans le secteur de l'aménagement urbain et rural »³⁵³⁰. On voit donc bien que le domaine, l'urbanisme, associé à l'existence de garanties élevées à chaque étape de la procédure, rend le recours satisfaisant, même s'il ne peut être assimilé à un recours de pleine juridiction.

1257. La Cour module donc la portée de la notion de pleine juridiction en fonction du contexte réglementaire, de la marge d'appréciation dont bénéficie l'autorité administrative, et du droit en cause. De toute façon, malgré ces distinctions, il n'en reste pas moins qu'en matière civile la notion de pleine juridiction n'implique pas la détention par le juge d'un pouvoir de réformation. L'existence d'un pouvoir d'annulation suffit, ce qui distingue, à ce titre, la matière civile de la matière pénale.

B — La portée de la notion en matière pénale

1258. C'est peu à peu que la Cour a dégagé une dualité de régime entre les matières civile et pénale pour l'application de la notion de pleine juridiction. En matière pénale, l'exigence d'un recours de pleine juridiction implique d'abord la possibilité pour le juge, saisi d'un recours contre une décision administrative statuant dans cette matière, un pouvoir de modulation ou de réformation : « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision »³⁵³¹. Un tempérament semble avoir été introduit dans l'arrêt *Malige* à propos d'une peine complémentaire, automatique, de retrait de point. Le requérant invoquait, dans cette affaire, l'absence de contrôle, par le juge, du prononcé de cette sanction qui s'applique en complément de la sanction principale. Mais, pour le juge strasbourgeois, un contrôle suffisant existant lors du prononcé de la sanction principale, le grief ne saurait prospérer : « un contrôle suffisant au regard de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation [...] sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points »³⁵³². En conséquence, il semble que le prononcé d'une sanction complémentaire puisse remplir les

³⁵³⁰ V. C.E.D.H., 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n° 19178/91, spéc. § 47.

³⁵³¹ V. C.E.D.H., 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, n° 15523/89, série A n° 328 A-C et 329 A-C, § 36 : « Quant à la compétence de la Cour administrative, elle doit s'apprécier en tenant compte du fait qu'en l'espèce, elle était amenée à s'exercer dans un litige de nature pénale au sens de la Convention. Sa compatibilité avec l'article 6-1 se mesure dès lors au regard des griefs soulevés devant ladite juridiction par l'intéressé, mais aussi à la lumière des caractéristiques constitutives d'un "organe judiciaire de pleine juridiction". Or parmi celles-ci, figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. En l'absence de pareille compétence dans le chef de la Cour administrative, celle-ci ne saurait passer pour un "tribunal" au sens de la Convention ». V. C. Mamontoff, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », RFDA 1999 p. 1004 ; F. Sudre, « L'onde de choc de l'article 6 de la CEDH en matière de sanctions fiscales », La Semaine Juridique Édition Générale n° 43, 22 octobre 1997, II 22935, spéc. n° 18.

³⁵³² V. C.E.D.H., 23 sept. 1998, *Malige c. France*, n° 27812/95, Recueil 1998-VII. V. la critique de F. Sudre, « Droit à un procès équitable et retrait de points du permis de conduire : un arrêt en trompe l'œil de la CEDH », La Semaine Juridique Édition Générale n° 19, 12 mai 1999, II 10086. V. aussi P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », préc..

conditions de l'article 6, à la condition que le prononcé de la sanction principale respecte les prescriptions de cet article.

1259. La jurisprudence Malige ne doit donc pas être interprétée comme pratiquant une brèche, ou comme constituant une exception au principe selon lequel, en matière pénale, le juge doit disposer d'un pouvoir de réformation. C'est d'ailleurs ce que des affaires ultérieures, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*³⁵³³ et *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*³⁵³⁴, sont venues rappeler.

Conclusion de la Section 1

Les recours juridictionnels dans les domaines étudiés sont donc déterminés, dans leurs caractères, par les exigences du droit international, exigences qui n'ont pas la même portée si l'on se place dans la perspective du droit de l'Union européenne ou dans celle du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le droit de l'Union européenne impose des standards modérés qui ne peuvent avoir une influence déterminante pour les ordres juridiques anglais et français. Le principe d'autonomie procédurale dont jouissent les États membres fait écran à l'intervention plus poussée du droit de l'Union européenne dans cette matière qui doit rester de la seule compétence des États membres. Les textes, dans les secteurs à l'étude, sont néanmoins venus ajouter certaines prescriptions, dont la portée n'est pas toujours claire. Le recours doit être efficace. En ce sens, il doit permettre à la juridiction saisie de connaître de l'affaire au fond et l'ensemble des personnes susceptibles d'être lésées par les décisions des autorités sectorielles doit pouvoir recourir au juge. En dernière instance, afin d'harmoniser l'application du droit de l'Union européenne, les requérants doivent pouvoir bénéficier d'un accès à une juridiction qui pourra, le cas échéant, poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a une influence beaucoup plus déterminante, moins par les caractères de l'organe chargé d'examiner la légalité de la décision que par l'intensité qu'elle impose au recours. Elle a su néanmoins, par pragmatisme, aménager des standards de contrôle différents en fonction du domaine concerné. Le volet civil de l'article 6 s'accommode d'un recours plus léger, en l'occurrence le juge n'est pas obligé d'avoir un pouvoir de modulation, tandis que le volet pénal, par contraste impose un niveau d'exigence beaucoup plus élevé. Dans le cadre d'une accusation en matière pénale au sens de la Convention, le juge doit disposer d'un véritable pouvoir de pleine juridiction, au sens d'un pouvoir d'annulation et de réformation de la décision.

Il s'agit à présent d'analyser les caractères des recours de droit commun, aménagés en droit interne. Cette étude n'est pas purement académique. Elle permettra d'expliquer les recours

³⁵³³ V. C.E.D.H., 4 mai 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, § 27 : « Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ». V. J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2006 p. 587.

³⁵³⁴ V. C.E.D.H., 27 Septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, n° 43509/08, spéc. § 65 : « De plus, le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction dans la mesure où le TAR et le Conseil d'Etat ont pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant auraient pu remplacer la sanction » (*Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2011, comm. 262, note D. Bosco).

aménagés par les législateurs et de montrer, le cas échéant, si ceux-ci sont allés ou non au-delà de ce que requiert la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Section 2 — *L'évolution du contrôle de légalité dans les droits internes*

Il faudra, dans un premier temps, étudier en eux-mêmes, pour les comparer, les recours traditionnels, le recours pour excès de pouvoir et le *judicial review*, afin de comprendre si ces recours sont compatibles avec l'exigence du recours de pleine juridiction imposée par la Convention européenne³⁵³⁵ (I). Manifestement, les pressions externes de la Convention ont entraîné une évolution dans le contrôle des décisions contentieuses, surtout en France (II).

I — *L'analyse comparée du contrôle de légalité en France et au Royaume-Uni*

Il est donc nécessaire à ce stade de comprendre et de comparer les recours de droit commun ouverts contre une décision administrative en France et au Royaume-Uni. Il s'agira de les comparer, pour en comprendre les ressorts profonds, dans le but de pouvoir établir leur compatibilité avec l'article 6 § 1.

Comme il a déjà été énoncé au moment d'analyser la notion de décision administrative en droit anglais et français, les deux institutions ne se recouvrent pas totalement. On commencera par étudier le fondement de chaque recours, fondement qui nous semble à l'origine de nombreuses différences, notamment dans le degré de contrôle (A). Ensuite, on analysera la nature de la procédure, qui a une influence notable sur le contrôle (B). Puis, en utilisant la grille de lecture élaborée par la doctrine française sur la classification des contentieux qui, malgré les critiques formulées contre ces critères par Fabrice Melleray³⁵³⁶, offrent au comparatiste l'avantage de la clarté et le bénéfice d'un point d'appui pour la comparaison, il faudra combiner un critère formel (C) et un critère matériel (D) pour pouvoir comparer et comprendre les différents recours. Enfin, en rapport avec les exigences de la Convention, il faudra étudier les moyens invocables à l'appui d'un recours (E).

³⁵³⁵ Pour une analyse historique et comparée du *judicial review* et des recours ouverts devant le juge judiciaire sous l'Ancien Régime en France : J.-L. Mestre, « Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien Régime et en Angleterre », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18^e/19^e s.) », 1996, n° 8, pp. 37-53. Il établit que le moyen fondé sur l'irrationalité existait alors, il permettait de contrôler le bien-fondé de la décision (spéc. pp. 47 suiv.). V. aussi une étude de John Bell qui montre bien le domaine plus important du recours en *judicial review*, qui joue un rôle important en droit pénal (J. Bell, « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni en 1993 », *Études et documents du Conseil d'État*, 1993). J. Dutheil de la Rochère, J. Jowell, « Le juge et le contrôle de l'Administration en Grande-Bretagne », *Revue du droit public*, 1979, pp. 1059-1082.

³⁵³⁶ V. F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 212, 2001. V. sur la classification formelle : É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc.. V. sur la place d'Édouard Laferrière dans la construction de ces classifications : P. Gonod, Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, préc. ; P. Gonod, « La place du "Traité de la juridiction administrative" d'Édouard Laferrière dans l'évolution du droit administratif français », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, pp. 87-107. V. aussi sur le problème de la difficulté contemporaine à classer les contentieux : H. Lepetit-Collin, A. Perrin, « La distinction des recours contentieux en matière administrative (Nouvelles perspectives) », *RFDA*, 2011, p. 813.

1260. Dans leur forme originelle, le recours pour excès de pouvoir et le recours en *judicial review* ont un fondement différent, même si le second tend à évoluer vers le premier. Alors que le fondement du recours pour excès de pouvoir est le respect de la légalité, celui du *judicial review* est le respect des compétences. Ce constat peut sembler à première vue paradoxal tant le fondement traditionnel que l'on attribue au *judicial review*, l'*ultra vires*, semble équivalent à la notion française d'excès de pouvoir. Mais, cette similitude ne peut tromper lorsque l'on étudie les solutions juridiques et la différence des jurisprudences dans le contrôle.

1261. La distinction peut sembler à première vue mineure ou purement académique. Elle explique au contraire les différences fondamentales d'approche et de contrôle des juges vis-à-vis des pouvoirs de l'Administration. Que le fondement du recours pour excès de pouvoir soit le strict respect de la légalité, le doute n'est guère possible. Il est affirmé par le Conseil d'État qui juge bien que ce recours a pour objet d'assurer « le respect de la légalité »³⁵³⁷, c'est une « vérité première » du droit administratif français pour reprendre le terme de Jean Rivero³⁵³⁸.

1262. Il faut en revanche montrer ce qu'a de spécifique le fondement du *judicial review*.

1263. Le fait que ce recours ait pour fondement la compétence a eu des implications juridiques importantes. Notamment, cela explique que certaines illégalités aient été jugées comme régulières, car dans la compétence de l'Administration. L'Administration pouvait, comme le dit Paul Craig, « commettre une erreur dans le cadre du champ qui lui a été assigné » par le législateur³⁵³⁹. Les juges ne sanctionnaient alors que les erreurs qui amenaient l'Administration à agir en dehors de sa compétence³⁵⁴⁰. Et Wade et Forsyth estiment que jusqu'à récemment « la liberté de faire des erreurs dans la limite de sa compétence s'étendait à des erreurs importantes de droit comme de fait »³⁵⁴¹. C'est la décision Page qui est venue mettre un terme à cette tendance³⁵⁴².

³⁵³⁷ V. Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon p. 111 : R.D.P. 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline. V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, préc., n° 233, p. 209.

³⁵³⁸ V. J. Rivero, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », Mélanges Waline, L.G.D.J., 1974, tome II, p. 701. V. aussi G. Vedel, « La soumission de l'administration à la loi », Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Le Caire, 1952 ; D. Loschak, « Le principe de légalité », A.J.D.A. 1981, p. 387 ; C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D.C.E., n° 11, p. 25 ; J. Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », R.D.P. 1990, p. 1651 ; « La mondialisation de l'état de droit, Droit et politique à la croisée des cultures », Mélanges Philippe Ardant, L.G.D.J., 1999 ; L'état de droit, Montchrestien-Lextenso éditions, 2010 ; L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996 ; M. Troper, Le concept d'État de droit, Droits, 1992, n° 15 p. 51 ; B. Mathieu, La loi, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996.

³⁵³⁹ V. P. Craig, Administrative Law, préc., p. 439.

³⁵⁴⁰ V. P. Craig, Administrative Law, préc., p. 448 : « The assumption was that there was a distinction to be drawn between jurisdictional and non-jurisdictional errors. The former would result in the decision being regarded as ultra vires and void, because the tribunal had acted outside its jurisdiction. The latter were errors within jurisdiction ».

³⁵⁴¹ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 211.

³⁵⁴² V. R. v Lord President of the Privy Council Ex p. Page [1993] A.C. 682. V. P. Craig, « Administrative Law in the Anglo-American Tradition », in Handbook of public administration, B. G. Peters, J. Pierre (ed.), London, Sage, 2007, spéc. pp. 176 suiv..

1264. Or, il n'existe pas en droit administratif français des « illégalités dans la compétence » ou des compétences qui permettent à l'Administration de s'écarter de la légalité. De telles solutions juridiques n'existent pas. Il est d'ailleurs symptomatique que pas un seul manuel important de droit administratif anglais n'évoque le problème de la hiérarchie des normes, alors que cette notion est centrale dans les manuels de droit administratif français³⁵⁴³.

1265. Le fondement du *judicial review* a néanmoins évolué, notamment depuis l'arrêt *Anisminic*, qui constitue pour Wade et Forsyth le point décisif qui marque le changement de nature du *judicial review*³⁵⁴⁴.

1266. La doctrine se partage désormais sur le fondement du recours. Ce fondement subit aussi de nombreuses critiques avec l'évolution du recours lui-même, et la doctrine administrativiste anglaise tente d'en trouver de nouveaux. Mais, pour Wade, la doctrine de l'excès de pouvoir au sens de la compétence (l'*ultra vires* au sens anglais) est « le principe central du droit administratif »³⁵⁴⁵, position que défend aussi Christopher Forsyth et dont le point de départ est aussi d'ordre constitutionnel, il est lié au principe de la souveraineté de la loi, dont les juges, par l'intermédiaire du *judicial review*, sont les défenseurs contre l'Administration³⁵⁴⁶.

1267. Cette doctrine connaît néanmoins des détracteurs, pour lesquels le recours en *judicial review* pourrait avoir d'autres fondements, dans le *common law* lui-même, et ce depuis toujours — telle est la position de Paul Craig³⁵⁴⁷ — ou que ses fondements auraient évolué, telle est ainsi la position de Dawn Oliver pour laquelle « le recours en *judicial review* s'est éloigné de la règle de l'*ultra vires* pour prendre en compte la protection des individus et le contrôle du pouvoir, plutôt que des pouvoirs ou *vires* »³⁵⁴⁸. En tout cas, il est désormais clair que toute erreur de droit entraîne un excès de compétence et doit être sanctionnée³⁵⁴⁹.

³⁵⁴³ V. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs*, tome 1, 16^e éd., L.G.D.J., 2001, p. 532, n° 1139 suiv. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., tome 1, n° 46 ; P.-L. Frier, J. Petit, *Précis de droit administratif*, préc., n° 115 suiv. ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., pp. 89-89 ; J. Waline, *Droit administratif*, préc., n° 324 suiv..

³⁵⁴⁴ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 211, note 5.

³⁵⁴⁵ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, 7th ed., 1994, p. 41 cité par C. F. Forsyth, « Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, The Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 55(1), March 1996, pp. 122-140.

³⁵⁴⁶ V. C. F. Forsyth, « Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, The Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 55(1), March 1996, pp. 122-140, spéc. p. 140. Pour employer les termes de Paul Craig, résumant cette position, « The courts' function is to police the boundaries stipulated by Parliament » (P. Craig, « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, pp. 63-90, spéc. p. 65). Le même avis est partagé par : M. Elliott, « The demise of Parliamentary sovereignty? The implications for justifying judicial review », *Law Quarterly Review*, 1999, 115(Jan), pp. 119-137 ; M. Elliott, « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 58, issue 01, pp 129 – 158.

³⁵⁴⁷ V. P. Craig, « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 57(1), March 1998, pp. 63-90 ; P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 5-6, n°1-003 et 1-004 ; P. Craig, « Competing models of judicial review », *Public Law*, 1999, Aut, pp. 428-447.

³⁵⁴⁸ V. D. Oliver, « Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review? », pp. 3 suiv., in *Judicial review and the constitution*, C. Forsyth (ed.), Oxford, Portland, Hart Pub., 2000, reprod. de [1987] *Public Law* 543. Traduction de : « It will be suggested in this article that judicial review has moved on from the ultra vires rule to a concern for the protection of individuals, and for the control of power, rather than powers, or vires ». V. aussi Sir John Laws, « An Extract from: Illegality: The Problem of Jurisdiction », in *Judicial review and the constitution*, préc. ; J. Jowell, « Of vires and vacuums: the constitutional context of judicial review », *Public Law*, 1999, pp. 448-460 ; D. Dyzenhaus, « Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review » (1998) 9 *Public Law Review* 98 ; P. Craig, « Competing Models of Judicial Review » (1999) *Public Law* 428 ; N. Bamforth, « Ultra

1268. Malgré ces évolutions, il semble bien que le raisonnement des juges mobilise davantage la notion de compétence que celle de légalité. Il semble aussi que ce fondement est à l'origine du contrôle limité qui caractérise le *judicial review*. La question des juges et qui revient sans cesse dans les recours est : à qui le Parlement a-t-il donné compétence pour prendre cette décision ? La conséquence immédiate de la réponse entraîne alors l'affirmation des juges selon laquelle, comme le Parlement a investi l'autorité administrative seule de la compétence de prendre telle décision, il n'appartient pas au juge de contrecarrer la volonté du Parlement et de substituer son appréciation à celle de l'organe désigné.

1269. Il est assuré que, comme le juge français, le juge anglais va s'assurer que la loi est respectée, mais l'appréciation reste entre les mains de l'Administration. Le raisonnement en termes de compétence explique pour une grande part la déférence des juges. De l'autre côté de la Manche, c'est en termes d'opportunité que raisonnera la doctrine, mais là, comme le note Pierre Delvolvé, les juges « n'expriment jamais la part d'opportunité qui existe dans leur contrôle »³⁵⁵⁰. Comme le rappelle parfaitement cet auteur, le contrôle est toujours un contrôle de la conformité à une norme et, en ce sens, il n'y a pas de contrôle d'opportunité, même s'il y a de l'opportunité dans le contrôle.

Le fondement du recours, tout en se rapprochant, diffère encore grandement, en tout cas influence toujours les modes de raisonnement des juges. La nature de la procédure est aussi radicalement différente.

B — La nature de la procédure : inquisitoire contre accusatoire

La nature de la procédure influe de manière déterminante sur l'intensité du contrôle.

1270. La procédure française est de nature inquisitoire. Jacqueline Morand-Deville explique ainsi que « les larges pouvoirs accordés au juge administratif pour « diriger l'instruction » sont généralement justifiés par sa capacité à corriger l'inégalité des parties et à servir l'intérêt général »³⁵⁵¹. Cela signifie que, pour reprendre les termes de François Gazier, « la procédure est entièrement dirigée par le juge et non pas confiée aux parties en litige »³⁵⁵². C'est le besoin irréductible de rétablir l'égalité des parties par les pouvoirs du juge qui justifie d'ailleurs, aux

vires and Institutional Independence », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* (Hart. 2000), spéc. chap. 6 ; D. Oliver, « Review of Non-Statutory Discretions », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* (Hart. 2000), spéc. chap. 14 ; N. Barber, « The Academic Mythologists » (2001) 22 O.J.L.S. 369 ; P. Craig, N. Bamforth, « Constitutional Analysis. Constitutional Principle and Judicial Review » [2001] Public Law 763 ; P. Craig, « Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy » [2003] Public Law 92 ; T.R.S. Allan, « The Constitutional Foundations of Judicial Review: Constitutional Conundrum or Interpretative Inquiry » [2002] Cambridge Law Journal 87.

³⁵⁴⁹ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 448-449. V. *Regina v Lord President of the Privy Council*, Ex parte Page [1993] 3 W.L.R. 1112 [1993] A.C. 682, p. 702 : « the constitutional basis of the courts' power to quash is that the decision of the inferior tribunal is unlawful on the grounds that it is ultra vires. In the ordinary case, the law applicable to a decision made by such a body is the general law of the land. Therefore, a tribunal or inferior court acts ultra vires if it reaches its conclusion on a basis erroneous under the general law ».

³⁵⁵⁰ V. P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité », in « Conseil constitutionnel et Conseil d'État », Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, L.G.D.J., Montchrestien, 1988, p. 295.

³⁵⁵¹ V. J. Morand-Deville, « Le contrôle de l'administration : la spécificité du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, préc., spéc. p. 188.

³⁵⁵² V. F. Gazier, *Procédure administrative contentieuse (Principes généraux de la)*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, n° 17 suiv..

yeux de Charles Debbasch, que les deux procédures, civile et administrative, restent, dans une cette mesure, irréductibles l'une à l'autre³⁵⁵³.

1271. Par contraste, la procédure accusatoire est la norme procédurale qui gouverne l'ensemble des procédures juridictionnelles anglaises. C'est d'ailleurs, pour Carol Harlow et Richard Rawlings, l'avantage essentiel de l'ombudsman sur le système des *tribunals* ou des cours de *common law*³⁵⁵⁴. La réforme du *judicial review* initiée avec l'Order 53 et le Supreme Court Act de 1981 n'a pas changé le caractère essentiellement privé de la procédure³⁵⁵⁵. Pour Allison, « la dépendance des tribunaux sur les parties a affecté le développement du droit administratif anglais »³⁵⁵⁶ et explique, dans une certaine mesure, la retenue des juges³⁵⁵⁷. Allison montre bien, à l'appui de sa démonstration, combien le caractère accusatoire de la procédure a empêché les juges de reconnaître la responsabilité de la puissance publique pour négligence³⁵⁵⁸ ou de développer un contrôle de proportionnalité³⁵⁵⁹. La procédure accusatoire, comme nous le montrerons d'ailleurs concernant le contrôle des autorités sectorielles par la Cour d'appel de Paris, est un obstacle à la rigueur du contrôle et surtout à la stabilité des solutions.

1272. Là où le juge administratif français dirige l'instruction et la dirige même seul³⁵⁶⁰, le juge administratif anglais est, comme un juge privé, arbitre du conflit qui se déroule devant lui. C'est pourquoi Lord Woolf exprima la nécessité de réformer la procédure administrative anglaise en ces termes : « Je suis depuis longtemps préoccupé par la question de savoir si notre procédure accusatoire, qui s'applique au recours en *judicial review* de la même manière que dans une procédure ordinaire, sauvegarde le public de manière suffisante ». C'est pourquoi il recommande, sur le modèle du ministère public anglais en matière criminelle, la

³⁵⁵³ V. C. Debbasch, Procédure administrative contentieuse et procédure civile, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 38, 1962, spéc. p. 442 : « La nature des procès portés devant le juge administratif, la considération de l'inégalité des parties, provoquent l'originalité des principes de la procédure administrative contentieuse. La loi protège l'intérêt public ; le juge protège les justiciables privés ».

³⁵⁵⁴ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 543.

³⁵⁵⁵ V. J. A. Jolowicz, « Civil and Administrative Procedure: National Report for England and Wales » in J. P. Gardner (ed.), *United Kingdom Law in the 1990s: Comparative and Common Law Studies for the XIIIth International Congress of Comparative Law*, London, 1990, pp. 160–75, spéc. 160 ; J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 2000, spéc. pp. 221 suiv. ; C. Brown, « Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law », in *International Investment Law and Comparative Public Law*, S.W. Schill (ed.), Oxford University Press, 2010, spéc. p. 674.

³⁵⁵⁶ V. J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, préc., p. 221 : « The court's dependence upon the parties has affected the development of English administrative law ».

³⁵⁵⁷ V. J. W. F. Allison, « The Procedural Reason for Judicial Restraint » [1994] *Public Law*, pp. 452–473, spéc. p. 466.

³⁵⁵⁸ *V. Dorset Yacht Co. v. Home Office* [1970] A.C. 1004. Il s'agissait d'un défaut de surveillance d'une prison pour mineurs qui avait conduit certains de ces mineurs à pouvoir s'échapper et à saccager un yacht de plaisance. Il s'agissait donc de savoir si la prison était responsable. Dans cet arrêt, Lord Diplock met en évidence les défauts de la procédure accusatoire : « material relevant to the assessment of the reformatory effect upon trainees of release under supervision or of any relaxation of control while still under detention is not of a kind which can be satisfactorily elicited by the adversary procedure and rules of evidence adopted in English courts of law ... ».

³⁵⁵⁹ *V. Brind v. Home Secretary* [1991] 1 All E.R. 720, spéc. 739BC. Lord Lowry dans cet arrêt refusa de reconnaître une doctrine anglaise de contrôle de proportionnalité en dehors du standard traditionnel de l'irrationalité tel qu'il a été formulé dans l'arrêt *Wednesbury* au motif que : « judges are not ... furnished with the requisite knowledge and advice » pour pouvoir mettre en place un tel contrôle.

³⁵⁶⁰ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 817, n° 958.

création dans le cadre du *judicial review* d'un « *Director of civil proceedings* » dont le rôle serait de représenter le public³⁵⁶¹.

1273. La nature de la procédure donne donc son caractère particulier au recours en *judicial review* et explique, pour une part importante, la timidité du juge de *common law*, pour reprendre le terme de Michel Fromont³⁵⁶², même si cet auteur attribuait cette timidité à son absence de spécialisation.

Les pouvoirs du juge contribuent aussi à conférer une physionomie particulière à chaque contentieux.

C — La comparaison des pouvoirs du juge

1274. Concernant le critère formel, c'est-à-dire les pouvoirs du juge, le *judicial review* se présente comme un recours beaucoup plus riche que le recours pour excès de pouvoir traditionnel, même si ce dernier tend à s'en rapprocher — avec le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif français³⁵⁶³. Laferrière avait déjà noté dans son traité que les juges anglais étaient dotés de « pouvoirs étendus »³⁵⁶⁴. En effet, le juge anglais dispose, dans le cadre du recours en *judicial review*, de pouvoirs très étoffés, et ce depuis des temps immémoriaux, puisque les plus vieux brefs datent du début du XIII^e siècle : il peut en effet annuler la décision (par une décision de *certiorari*), il peut aussi prononcer des injonctions à l'encontre de l'Administration, injonctions à la fois positives (ou *mandamus*) et, le cas échéant, négatives (ou *prohibition*). Ces trois pouvoirs (*certiorari*, *prohibition* et *mandamus*) appartiennent à la catégorie des « brefs de la prérogative » (*prerogative writs*)³⁵⁶⁵. Roger Bonnard avait bien noté que les pouvoirs du juge anglais vont « au-delà de l'annulation, puisqu'ils donnent des ordres d'agir ou de s'abstenir au fonctionnaire »³⁵⁶⁷.

³⁵⁶¹ V. H. Woolf, « Public Law-Private Law: Why the Divide? A Personal View » [1986] Public Law 220, pp. 235-236. Traduction de : « I have long been concerned as to whether our adversarial procedure, which applies to judicial review in the same way as it applies to an ordinary action, sufficiently safeguards the public. It has been suggested again recently that there is a need for a Minister of Justice. If this is too dramatic a constitutional innovation, I would suggest consideration should be given to the introduction into civil procedure of an independent body who can represent the public. For the want of a better title, I should like to see established a Director of Civil Proceedings who at least in administrative law proceedings would have a status similar to that of the Director of Public Prosecutions in criminal proceedings ».

³⁵⁶² V. M. Fromont, « Le débat à l'étranger », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, préc. p. 48.

³⁵⁶³ Il est en effet de principe que le juge administratif ne pouvait adresser d'injonction à l'Administration, principe auquel la loi du 8 février 1995 apporte une dérogation, en vue de l'exécution de la chose jugée : V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1086 suiv. ; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, préc., n° 415.

³⁵⁶⁴ V. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc., spéc. p. 81.

³⁵⁶⁵ En première apparence l'expression « *prerogative writs* » peut sembler paradoxale. La *prérogative*, en droit constitutionnel anglais, correspond au pouvoir autonome de la Couronne, de l'exécutif aujourd'hui, c'est-à-dire au pouvoir qui ne requiert pas de délégation législative. Or, ce terme est attaché ici à une décision juridictionnelle. C'est à Coke et Blackstone, d'après Stanley de Smith, qu'est attaché cette formulation (S. A. de Smith, *Judicial Review of Administration Action*, 3rd ed., spéc. Annexe 1, p. 515-516). L'expression rappelle en réalité le lien historique entre la juridiction du King's Bench et le pouvoir royal, dont le premier est une émanation. Mais alors pourquoi Coke, illustre dans l'histoire anglaise pour avoir voulu couper les liens entre les juridictions de *common law* et la Couronne, utilise-t-il cette expression pour désigner les décisions de ces tribunaux ? Pour Coke, le roi avait remis ce pouvoir aux juridictions de *common law*. Mais telle n'était pas l'interprétation d'autres contemporains et successeurs de Coke comme Montagu, fervent royaliste, pour lesquels

1275. Ce pouvoir d'injonction peut s'exercer en vertu du *common law*, en utilisant les deux procédés mentionnés précédemment (*prohibition* et *mandamus*), ou s'exercer sur le fondement de *l'equity*, par le recours à l'injonction (*injunction*). Enfin, ils disposent aussi de pouvoirs plus souples, sous la forme de déclaration (*declaration*)³⁵⁶⁸.

1276. Le juge anglais dispose-t-il d'un pouvoir de pleine juridiction ? L'*equity* fournit au juge anglais la base de ses pouvoirs pour condamner l'Administration à réparer un préjudice ou pour forcer celle-ci à respecter ses engagements contractuels³⁵⁶⁹. Concernant les recours objectifs de plein contentieux, dans lesquels une question de légalité est en jeu, mais pour lesquels, à la différence du recours pour excès de pouvoir, le juge dispose d'un pouvoir de réformation³⁵⁷⁰, ce type de pouvoir n'est pas inhérent à la juridiction anglaise, seul le législateur peut l'instituer. Aussi, par défaut, le seul recours disponible contre une décision administrative, est un recours en *judicial review*, ce qui exclut tout pouvoir de réformation³⁵⁷¹.

1277. Le pouvoir de réformation est requis dans la sphère du volet pénal de l'article 6. Aussi, au Royaume-Uni, l'intervention du législateur sera-t-elle requise pour créer une nouvelle voie de droit, car, dans le silence des textes seul le *judicial review* est disponible.

justement cette notion exprime le lien entre la justice et le Roi. Montagu affirme que le « prerogative writ, which concerns the King's justice to be administered to his subjects », faisant ainsi le lien entre la justice et le pouvoir royal, et c'est d'ailleurs la première fois que cette expression est employée dans un jugement (De Smith's Judicial review, 6th ed., n°15-009). Pour Stanley de Smith, ce lien que fait Montagu s'explique par la volonté des juges royalistes de montrer le soin et l'intérêt que le Roi portait à la liberté de ses sujets. L'utilisation du terme « prerogative » sert donc à signifier le lien entre la justice et le Roi, lien dénoué aujourd'hui, mais l'expression est restée et sert à désigner ces trois brefs (ainsi que notamment celui d'*habeas corpus*), par opposition à ceux que les juges tiennent de *l'equity*, sous la forme de l'injonction et de la déclaration. Ces prerogative writs ont été renommés par les Civil Procedure Rules de 1998, partie 54 qui amende le Supreme Court Act de 1981. V. L. Bloom-Cooper, « Judicial Review: its Provenance and Scope », in M. Supperstone, J. Goudie, P. Walker, Judicial Review, LexisNexis Butterworths, 3rd ed., 2005, spéc. n° 3.2.

³⁵⁶⁶ L'expression « bref de la prérogative » sera préférée à celle, utilisée par Roger Bonnard reprenant l'expression de Frank Johnson Goodnow que Gaston et Albert Jèze avaient traduite par « remèdes extraordinaires ». L'expression est utilisée par Goodnow pour signifier que, dans le droit administratif américain, les individus peuvent contester l'action de l'Administration devant les tribunaux ordinaires — pénal ou civil —, par des remèdes eux-mêmes ordinaires. La traduction la plus exacte serait à la rigueur « sanction extraordinaire ». Mais cette expression ne peut plus être d'actualité, les sanctions en question sont bien désormais tout à fait ordinaires, ils constituent le mode normal d'action contre les actes administratifs. V. R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé, Dalloz, Coll. Bibl. Dalloz, 2005, spéc. p. 128. Roger Bonnard reprend l'expression de F. J. Goodnow, The principles of the administrative law of the United States, New York, London, G.P. Putnam's Sons, 1905, spéc. pp. 418 suiv. traduite par Albert et Gaston Jèze, Les Principes du droit administratif des États-Unis, V. Giard et E. Brière, 1907.

³⁵⁶⁷ V. R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé, préc. p. 129.

³⁵⁶⁸ V. Lord Woolf, J. Woolf, The Declaratory Judgment, London, Sweet & Maxwell, 2002. Cette décision est définie comme une déclaration formelle, prononcée par une juridiction, sur l'existence ou la non-existence d'une situation juridique (n° 1.02). C'est un remède souple, car il ne contient aucun ordre directement exécutoire (à la différence du certiorari par exemple dont l'inobservation peut entraîner une procédure pour « contempt of court » qui peut aller jusqu'à l'emprisonnement). Cette procédure est rapide et peu onéreuse. Ce remède vient des juridictions d'*equity* mais n'obéit pas au même régime juridique que les autres sanctions d'*equity* (n° 4-023 suiv.). Jean Rivero appelle cette décision « l'action en revendication d'un droit » (Droit administratif comparé, préc., p. 156).

³⁵⁶⁹ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 476.

³⁵⁷⁰ V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, préc., pp. 231-232.

³⁵⁷¹ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., p. 29.

1278. On voit bien là la distinction très nette entre les pouvoirs des juges anglais et français. Le juge administratif français est beaucoup plus libre pour adapter son contrôle, pour passer par exemple le contentieux des sanctions administratives de l'excès de pouvoir au plein contentieux entre les arrêts *Le Cun* et *Atom*. Telle liberté ne se retrouve pas au Royaume-Uni, où le recours de plein contentieux n'existe pas sans texte (il sera alors qualifié d'appel, mais l'appel n'implique pas forcément un pouvoir de réformation, mais plutôt le pouvoir de connaître du bien-fondé de la décision).

1279. La différence des pouvoirs des juges de l'Administration est donc très nette. Le juge anglais dispose depuis toujours de pouvoirs très diversifiés, et même plus diversifiés que son homologue français — jusqu'à ce que celui-ci se voie attribuer un pouvoir d'injonction — et plus souples aussi ; mais il ne dispose pas, sans texte, de pouvoir de réformation. Afin de pénétrer davantage la nature du recours en *judicial review*, il est nécessaire d'étudier le caractère objectif ou subjectif du recours.

D — Le caractère objectif ou subjectif du recours

1280. En utilisant toujours la grille de lecture doctrinale française, l'on constate que le caractère du contrôle de légalité est similaire en droit anglais et français. Martin Bullinger évoque ainsi les « finalités objectives du contrôle juridictionnel selon les conceptions française et anglaise », pour les opposer à la conception allemande³⁵⁷².

1281. En effet, on constate que les brefs de la prérogative (*certiorari*, *mandamus* et *prohibition*) peuvent être considérés comme faisant partie du contentieux objectif. Stanley de Smith, dans l'histoire qu'il fait de ces brefs, montre bien que leur essence est de contrôler l'exercice, par les juridictions inférieures, du pouvoir qui leur a été délégué par la loi³⁵⁷³. Dans un arrêt de 1700, Holt C.J. pouvait ainsi affirmer : « Que les procédures des Cours inférieures soient retirées pour être examinées devant cette Cour [du King's Bench] pour vérifier si celles-ci respectent bien les limites de leurs compétences, cette conséquence est attachée à toute juridiction inférieure par le moyen du bref de *certiorari* »³⁵⁷⁴. L'histoire du bref de *certiorari*, à l'origine une simple demande d'information, est donc attachée au Roi, c'est pourquoi ces brefs sont désignés par l'épithète « *prerogative* », et son objet était de retirer aux tribunaux inférieurs les procédures qu'ils avaient engagées lorsque celles-ci étaient manifestement en dehors de leurs compétences. Les trois brefs attachés à la prérogative, appliqués d'abord aux tribunaux puis, progressivement au XIX^e et XX^e siècle, à l'action administrative, ont donc un fondement objectif. De surcroît, le pouvoir d'injonction sous la forme du *mandamus* ou de la *prohibition* est aussi destiné à éviter que les tribunaux inférieurs

³⁵⁷² V. le rapprochement intéressant que fait Martin Bullinger en opposant d'un côté les recours français et anglais qui, selon lui, influencent fortement le droit de l'Union européenne et, d'un autre côté, la conception allemande, perturbée dans ses fondements par ces influences : M. Bullinger, « Le contrôle juridictionnel de la régulation », in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome 1 : Comparaisons et commentaires, préc., spéc. p. 132.

³⁵⁷³ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administration Action*, 3rd ed., spéc. Annexe 1, p. 513.

³⁵⁷⁴ V. *Groenwelt v Burwell* Trin. 12 W. 3. Traduction libre de : « But a certiorari lies; for no Court can be intended exempt from the superintendency of the King in this Court of King's Bench. It is a consequence of every inferior jurisdiction of record, that their proceedings be removable into this Court, to inspect the record, and see if they keep themselves within the limits of their jurisdictions ». V. aussi E. Jenks, « Prerogative Writs in English Law », 32 *Yale Law Journal* 529 (1922-1923) spéc. p. 529 ; A. Rubinstein, *Jurisdiction and illegality: a study in public law*, Oxford, Clarendon Press, 1965.

n'excèdent leur compétence : le bref de *prohibition*, qui est d'après Stanley de Smith le plus vieux bref connu en droit³⁵⁷⁵, était au départ destiné à limiter la compétence des tribunaux ecclésiastiques ; tandis que le bref de *mandamus* servait à forcer une autorité à accomplir ses devoirs légaux.

1282. Ces pouvoirs peuvent bien être qualifiés d'objectifs. D'abord, et c'est un critère de distinction des *prerogative writs*, les justiciables n'ont aucun droit au prononcé de ces décisions (ils se distinguent à cet égard des « *writs of course* » qui pouvaient autrefois être achetés par le justiciable) ; ensuite, ils sont entièrement à la discrétion du juge si bien que le requérant doit manifester son intérêt pour agir³⁵⁷⁶ ; enfin et surtout, ils ne servent qu'à contrôler le respect du droit, soit qu'une autorité publique ait enfreint la loi, soit qu'il faille l'en empêcher, soit qu'il faille la forcer à exécuter ses obligations légales. Il s'agit bien de juridiction objective pour reprendre le terme de Léon Duguit³⁵⁷⁷ ; les *prerogative writs* ont pour objet de trancher la question de la « conformité d'un acte à la légalité »³⁵⁷⁸.

1283. Comme on l'a vu, alors que la doctrine et le droit français parlent plus volontiers en termes de légalité, la doctrine anglaise et les juges de *common law* posent le problème en termes de compétences. Cette conclusion a-t-elle une conséquence sur l'utilisation de la classification doctrinale d'origine française, entre recours objectifs et subjectifs ? Il faut en douter. La question posée par Duguit, Jèze ou Waline et qui est pour ces auteurs, pour

³⁵⁷⁵ V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administration Action*, 3rd ed., spéc. Annexe 1, p. 513 ; S. A. de Smith, « The Prerogative Writs », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 11, No. 1 (1951), pp. 40-56 ; S. A. de Smith, « Wrongs and Remedies in Administrative Law » *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 2 (Apr., 1952), pp. 189-208 ; E. D. Henderson, *Foundations of English administrative law: certiorari and mandamus in the seventeenth century*, Cambridge, Harvard University Press, 1963 ; V. N. Doe, J. Young, « Law and Administration in England from the Middle Ages to the 17th Century », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18^e/19^e s.) », n° 8, spéc. p. 17.

³⁵⁷⁶ V. De Smith's *Judicial Review*, 6th ed., n° 15-010, p. 783.

³⁵⁷⁷ V. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., tome 2, 1928, p. 475, § 31 : « Il y a juridiction objective toutes les fois que la question posée au juge est une question de droit objectif (...). D'abord, la question qui se pose peut être celle de savoir si la règle de droit a été ou non violée par un acte (...). La seule question qui puisse s'élever est une question de légalité ». V. aussi G. Jèze, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1908, p. 671 (où G. Jèze procède à la critique de la classification formelle promue par Aucoc et Lafferrière) ; G. Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1909, p. 667 (dans cet article G. Jèze ne reprend pas la classification bipartite de L. Duguit mais s'accorde en revanche sur le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et subjectif du recours de plein contentieux, il finit d'ailleurs son analyse en simplifiant ses hypothèses pour affirmer (p. 695) : « En réalité on peut simplifier et distinguer seulement deux sortes de contentieux et de recours juridictionnels : 1° le contentieux subjectif dans lequel le juge constate avec force de vérité légale des droits subjectifs ; 2° le contentieux objectif dans lequel le juge constate des faits et des questions de droit objectif »). V. aussi M. Waline, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1935, pp. 205-236, spéc. p. 225 ; R. Chapus, « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2002, n° 4, pp. 947-953 ; E. Garcia de Enterría, « Le contrôle de l'administration. Techniques, étendue, effectivité des contrôles. Contentieux administratifs objectifs et contentieux administratifs subjectifs à la fin du XX^e siècle Analyse historique et comparative », *Revue administrative*, 2000, n° spéc. n° 3, pp. 125-131 ; A. Heilbronner, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *Recueil Dalloz*, 1953, chron., p. 35 ; V. sur la question F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, préc., pp. 107 suiv..

³⁵⁷⁸ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc. n° 229. V. aussi la comparaison entre le *certiorari* et le recours pour excès de pouvoir in F. J. Goodnow, « The Executive and the Courts », *Political Science Quarterly*, Vol. 1, No. 4 (Dec., 1886), pp. 533-559.

reprendre le mot de Waline, « la réalité profonde des choses »³⁵⁷⁹, est : quelle est la nature de la question posée au juge ? Est-ce une question de droit objectif, de légalité, de conformité au droit, ou bien, au contraire, est-ce une question consistant à savoir si un justiciable peut « être reconnu comme titulaire d'un droit subjectif »³⁵⁸⁰. Le recours en *judicial review* est donc bien objectif, en tout cas pour ce qui est des recours concernant les brefs de la prérogative.

1284. Les sanctions juridictionnelles provenant de l'*equity*, à savoir l'injonction, la déclaration et l'engagement de la responsabilité ont un fondement subjectif plus affirmé. Cette assertion semble évidente pour ce qui est de la responsabilité, visant à réparer un préjudice³⁵⁸¹. Concernant les deux autres, leur origine, ancrée dans l'*equity*, pourrait leur donner un caractère subjectif, mais l'utilisation faite par les tribunaux manifeste une orientation vers la solution de problème de légalité. La déclaration est ainsi définie comme une « affirmation formelle, formulée par les tribunaux, et dont l'objet est d'établir l'existence ou la non-existence d'une situation juridique ». La déclaration permet ainsi « d'établir une position juridique et les droits des parties »³⁵⁸². Ainsi, certains grands arrêts du droit administratif anglais, déclarant telle action illégale, sont des déclarations : il en est ainsi de l'arrêt *Ridge v Baldwin*, qui déclare l'illégalité d'un acte administratif en raison du non-respect des droits de la défense, ou de l'arrêt *Anisminic v Foreign Compensation Commission*, qui déclare que l'action administrative en question était illégale (alors que la loi avait interdit la possibilité de faire un recours contre la décision de cet organisme). De même l'injonction sert aussi, bien souvent, à faire respecter la légalité. Ces décisions semblent faire double emploi avec celles de la prérogative, leur intérêt tient dans leur plus grande flexibilité. Les remèdes d'*equity* ont donc un fondement objectif assez marqué, sauf pour ce qui est de l'engagement de la responsabilité de l'Administration.

1285. Quels sont à présent les moyens invocables à l'appui de chaque recours ? Ce point est capital pour l'application de l'article 6 puisque la définition de la notion de pleine juridiction telle qu'elle est posée dans l'arrêt *Le Compte*, et malgré la portée différente que la Cour de Strasbourg peut lui donner, est le pouvoir de connaître des questions de droit aussi bien que des questions de fait.

E — Les moyens invocables

L'analyse des différents moyens invocables à l'appui de conclusions en annulation d'un acte administratif manifeste une nette différence d'approche entre les deux pays. Alors que le juge français part d'une analyse assez concrète de l'ensemble des éléments de la décision pour en tester la légalité, le juge anglais et la doctrine anglaise n'ont pas procédé à une classification systématique et ordonnée des moyens. Les moyens classiques d'annulation sont présentés en liste : la légalité, l'équité, l'irrationalité, et, à ce triptyque traditionnel viennent s'ajouter

³⁵⁷⁹ V. M. Waline, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 1935, pp. 205-236, spéc. p. 225.

³⁵⁸⁰ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 205.

³⁵⁸¹ Pour L. Duguit, le contentieux de la responsabilité appartient au contentieux objectif car, comme l'explique F. Melleray, « la question à laquelle le juge doit répondre porte sur la conformité au droit objectif d'un acte juridique ou matériel », (*Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, préc., p. 144). Tel n'est cependant pas l'avis de René Chapus qui classe le contentieux de la réparation parmi les contentieux subjectifs (*Droit du contentieux administratif*, préc., p. 205).

³⁵⁸² De Smith's *Judicial Review*, 6th éd., n° 18-038.

aujourd'hui le respect des droits de l'homme — lesquels sont contenus dans une loi — et celui de la confiance légitime. Cette présentation peut d'ailleurs varier d'un manuel à l'autre.

La comparaison se servira des exigences européennes, car là est bien le propos : analyser les moyens invocables devant le juge de l'Administration afin d'en tester la compatibilité avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Pour la jurisprudence européenne, un recours de pleine juridiction doit permettre à la juridiction saisie de se pencher sur les questions de droit (1), de faits (2), ainsi que d'opérer un contrôle de proportionnalité (3).

1 — L'examen des questions de droit

1286. La possibilité pour les juridictions anglaise et française d'examiner les questions de droit ne pose pas de difficulté. En droit anglais, le recours de *judicial review*, depuis la décision *Page*, permet aux juridictions de se pencher et, le cas échéant, d'annuler une décision, pour toute erreur de droit³⁵⁸³. Il en est de même en droit français, que ces erreurs de droit touchent à la légalité externe de l'acte ou à la légalité interne de celui-ci, le juge administratif pourra annuler toute erreur de droit³⁵⁸⁴ que ceux-ci tiennent à un défaut de base légale ou à une erreur de droit³⁵⁸⁵.

³⁵⁸³ V. *Regina v Lord President of the Privy Council, Ex parte Page* [1993] A.C. 682. V. le comm. de la décision in P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 447 suiv.. Auparavant les tribunaux faisaient une distinction entre les erreurs touchant à la compétence de l'auteur de l'acte et celles n'ayant aucune incidence sur la compétence de l'auteur. Seules les premières pouvaient amener une annulation ; les erreurs du second type, qui n'affectent pas la compétence de l'auteur, étaient considérées comme des erreurs que l'auteur était compétent pour commettre et qui ne pouvaient donc être annulées que dans le cas où elles relevaient du « record » c'est-à-dire de la décision elle-même ou des documents constituant la base de la décision (V. *Halsbury's Laws of England, Judicial Review* (vol. 61), n° 616, « Error on the face of the record », spéc. note 11 : « The meaning of the record for this purpose has not been authoritatively determined (...). The question was left open by the majority of their Lordships in *Baldwin and Francis Ltd v Patents Appeal Tribunal* [1959] AC 663, [1959] 2 All ER 433, HL, but Lord Denning's view (at 688–690, 444–455), that it included not only the decision of the tribunal but other documents appearing therefrom to be the basis of the decision, including the patent specifications and the original decision of the superintending examiner, was adopted by the Divisional Court in *R v Patents Appeal Tribunal, ex p Swift & Co* [1962] 2 QB 647, [1962] 1 All ER 610, DC. In *R v Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p Shaw* [1952] 1 KB 338 at 352, [1952] 1 All ER 122 at 130, CA, Denning LJ said that the record had to include at least the document initiating the proceedings, the pleadings, if any, and the adjudication. Any such definition must, however, be subject to statutory prescriptions as to the form of a determination. In any event, the record for this purpose is not necessarily to be identified with the formal record of a court of record. (...) The trend in later cases is towards a generous definition of the record »).

³⁵⁸⁴ Si l'on tente de comparer les moyens invocables devant les juridictions anglaise et française en utilisant la classification française, issue de Laferrière (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., tome 2, pp. 496 suiv.), on peut retrouver des similitudes même si certaines incertitudes persistent. Au niveau de la légalité externe, il ne fait aucun doute que le chef d'incompétence est invocable devant le juge anglais, il s'agit du moyen de contrôle historique et du fondement du *judicial review*. Le vice de forme sera aussi sanctionné, toute procédure prescrite par le législateur devant être scrupuleusement observée par l'autorité administrative, le juge n'hésitera pas à prononcer l'annulation sur ce point. En revanche, le contrôle des vices de forme n'est pas mentionné dans les manuels de droit administratif. Au titre à présent de la légalité interne, le détournement de pouvoir peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge. Ainsi, les juges ont clairement affirmé que lorsque le Parlement confère un pouvoir à une autorité administrative afin que celle-ci poursuive un but défini, celle-ci ne peut utiliser ce pouvoir à d'autres fins (V. *De Smith's Judicial Review*, 6th éd., préc., spéc. pp. 265 suiv.). La violation de la règle peut aussi faire l'objet d'une censure, quant au contrôle des motifs, ceux

1287. Le caractère fortement objectif des recours en droit anglais et français fait de ce moyen un moyen central dans les deux systèmes juridiques. Il ne fait ainsi aucun doute qu'une erreur de droit peut et doit être examinée par les juges. Cet impératif explique peut-être que, dans les deux pays, le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte, et même si une loi en dispose autrement et semble exclure le recours³⁵⁸⁶.

1288. Le droit européen exige à côté d'un contrôle des motifs de droit, un contrôle des faits.

2 — *Le contrôle des faits*

1289. Le contrôle des questions de fait manifeste, cette fois, une divergence entre le contrôle juridictionnel anglais et français. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le contrôle des motifs de fait est un motif ancien d'annulation lorsque l'Administration fonde sa décision sur des faits inexacts³⁵⁸⁷. Au même titre que l'examen des motifs des droits, la sanction de l'inexactitude matérielle des faits est, pour Pierre-Laurent Frier, un « invariant dans l'exercice du contrôle des motifs »³⁵⁸⁸.

de droit font l'objet d'un contrôle (V. De Smith's Judicial Review, 6th éd., préc., spéc. pp. 280), le contrôle des motifs de fait est comme on va le voir plus problématique.

³⁵⁸⁵ V. P.-L. Frier, Motifs (contrôle des), in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, préc., n° 9-32.

³⁵⁸⁶ V. en France l'arrêt Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte, Recueil Lebon, p. 110 (RD publ. 1951.478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline). Dans cet arrêt le Conseil d'État juge que « si cette disposition (...) a pour effet de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'art. 29 de la loi du 19 févr. 1942 devant le conseil de préfecture pour lui permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». Il faut rapprocher cet arrêt de ses équivalents anglais, comme l'arrêt Regina v Medical Appeal Tribunal. Ex parte Gilmore [1957] 1 Q.B. 574 (Lord Denning affirme « That the remedy by certiorari was available to quash a decision of the tribunal (...) for an error of law on the face of the record, despite the provision in section 36 (3) that "any decision of a claim or question ... shall be final" »). V. aussi Anisminic Ltd. Appellant v Foreign Compensation Commission and Another Respondents [1969] 2 A.C. 147. Blackstone considérait ainsi le droit d'accès aux tribunaux comme un droit essentiel, rappelant à cet égard l'exigence posée par la Grande Charte de 1215 : « A third subordinate right of every Englishman is that of applying to the courts of justice for redress of injuries. Since the law is in England the supreme arbiter of every man's life, liberty and property, courts of justice must at all times be open to the subject and the law be duly administered therein » (R Kerr (ed), Blackstones Commentaries on the Laws of England (4th edn, John Murray, 1876). Depuis Blackstone, le droit au recours est constamment réaffirmé par les juges : « Every civilised system of government requires that the state should make available to all its citizens a means for the just and peaceful settlement of disputes between them as to their respective legal rights. The means provided are courts of justice to which every citizen has a constitutional right of access in the role of plaintiff to obtain the remedy to which he claims to be entitled (...) » (Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corporation Ltd [1981] AC 909) ; V. aussi The Law of Human Rights, préc., pp. 553). V. Clause 39 de la Magna Carta de 1215 dispose que : « No freeman is to be taken or imprisoned or disseised of his free tenement or of his liberties ... save by lawful judgement of his peers or by the law of the land ». V. aussi les articles 10 et 11 de la Bill of Rights de 1689 : « That excessive bail ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruel and unusual punishments inflicted. That jurors ought to be duly impanelled and returned ... ».

³⁵⁸⁷ V. Conseil d'État, 14 janvier 1916, Camino, Recueil Lebon p. 15 : RD publ. 1917.463, concl. Corneille, note Jèze ; S. 1922.3.10, concl. Corneille ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n°29, p. 172 : « Considérant que si le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée ».

³⁵⁸⁸ V. P.-L. Frier, Motifs (contrôle des), in Répertoire Dalloz de contentieux administratif, préc., n° 9-32.

1290. En droit anglais en revanche, la situation est plus délicate et la comparaison plus encore, car la doctrine et la jurisprudence ne distinguent pas la question de la matérialité des faits et celle de la qualification juridique de ceux-ci. De surcroît, l'étendue du contrôle des faits par le juge anglais est, dans une large mesure, comme le dit Paul Craig, obscure³⁵⁸⁹.

1291. La position orthodoxe, en *common law*, concernant l'erreur de fait, est que celle-ci ne constitue pas un moyen invocable en tant que tel devant le juge ; aussi, une erreur de fait ne pouvait-elle, traditionnellement, fonder l'annulation d'une décision administrative³⁵⁹⁰. Cette position se justifie, pour les juges, par plusieurs ordres de considérations³⁵⁹¹. Le premier, classique, tient au fait que, pour les juges, il s'agit de respecter la volonté du Parlement qui a confié la tâche de recueillir les faits à une autorité³⁵⁹². Le deuxième ordre de considérations correspond à la réticence des juges à interférer dans des matières de spécialistes pour lesquelles ils se sentent mal équipés – ici le caractère accusatoire de la procédure est un puissant rempart à l'appréciation objective des faits par le juge. La troisième raison tient à la distinction entre le « *judicial review* » et l'« *appeal* », le recours en *judicial review* exclut, en général, toute considération sur les points de fait, et ce d'autant plus que, pour les juges, la procédure applicable à ce recours n'est pas adaptée à la résolution des questions de fait³⁵⁹³.

1292. Cette position ne souffre que deux exceptions : d'une part, lorsque la qualification juridique des faits a une conséquence sur la compétence de l'autorité administrative, alors les juges acceptent d'examiner l'exactitude des faits à l'origine de la décision³⁵⁹⁴ ; d'autre part,

³⁵⁸⁹ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 475 suiv. ; T. H. Jones, « Mistake of fact in administrative law », *Public Law*, 1990, pp. 507-526 ; P. Craig, « Judicial review, appeal and factual error », *Public Law*, 2004, pp. 788-807 ; Rebecca Williams, « When is an error not an error? Reform of jurisdictional review of error of law and fact », *Public Law*, 2007, pp. 793-808 ; M. Kent, « Widening the Scope of Review for Error of Fact », *Judicial Review*, 1999, n°4, pp. 239-271 ; C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », in *Effective Judicial Review A Cornerstone of Good Governance*, préc. ; De Smith's *Judicial Review*, 6th ed., préc., pp. 561 suiv. ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 211 suiv. ; M. Demetriou, S. Houseman, « Review for Error of Fact – A Brief Guide » [1997] *Judicial Review* 27.

³⁵⁹⁰ V. C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », préc. : « Despite the potential for injustice, it was long considered axiomatic that the judicial review court would not enquire into questions of fact, except and in so far as they fall within the traditional heads of review (for example, irrational conclusions of fact). The approach of the common law was to deny that a mere error of fact would justify the quashing of the decision on judicial review ».

³⁵⁹¹ V. M. Demetriou, S. Houseman, « Review for Error of Fact – A Brief Guide » [1997] *Judicial Review* 27.

³⁵⁹² *V. R. v Hillingdon LBC Ex p. Puhlhofer* [1986] AC 484 (le discours de Lord Brightman, 518B) ; *R v Independent Television Commission ex parte TSW* [1996] E.M.L.R. 291 ; *R v ITC ex parte Virgin Television Ltd* 25 January 1996, DC. V. M. Demetriou, S. Houseman, « Review for Error of Fact – A Brief Guide » [1997] *Judicial Review* 27, spéc. p. 27, note 2.

³⁵⁹³ *V. R v Fulham, Hammersmith and Kensington Rent Tribunal Ex p. Zerek* [1951] 2 K.B. 1, spéc. p. 11 ; *R v Derbyshire CC Ex p. Noble* [1990] I.C.R. 808 ; Lord Lowry dans *Roy v Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee* [1992] 1 A.C. 624, spéc. 647B-C ; *R v Yorkshire RHA Ex p. Suri* Times, December 5, 1995 ; *Pickwell v Camden London Borough Council and Others* [1983] Q.B. 962. C'est le caractère accusatoire de la procédure qui la rend mal adaptée à la résolution des problèmes de droit.

³⁵⁹⁴ La doctrine en question porte plusieurs appellations selon les auteurs : certains utilisent les termes « precedent fact » (C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », préc.), d'autres comme Paulo Craig parlent de « collateral fact » (P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 439-441). Les expressions « jurisdictional fact » ou « jurisdictional error » sont aussi utilisées. *V. The Queen v Marsham* [1892] 1 Q.B. 371 (le refus de réexaminer les faits est considéré ici comme un refus d'exercer sa compétence) ; *Eshugbayi Eleko v Officer Administering the Government of Nigeria* [1931] A.C. 662 (les juges pouvaient vérifier ici que la personne en cause était bien un « native chief », condition préalable à l'exercice du pouvoir de déportation du gouverneur du Nigéria) ; *R. v. Home Secretary ex*

dans les cas où, la décision de l'autorité administrative repose sur des faits qui ne sont manifestement pas susceptibles de justifier la qualification retenue par l'autorité administrative, les juges acceptent dans ce cas d'intervenir³⁵⁹⁵.

1293. C'est donc à travers d'autres fondements que l'erreur de fait est appréhendée en *common law*. L'irrationalité, moyen traditionnel d'annulation³⁵⁹⁶, peut être un moyen d'appréhender l'erreur de fait³⁵⁹⁷. La jurisprudence a aussi accepté d'aborder le problème de l'erreur de fait sous l'angle de l'iniquité. C'est l'apport de l'arrêt *E v Secretary of State for the Home Department*³⁵⁹⁸. Il s'agissait d'une demande d'asile, refusée par trois instances successives : le Secrétaire d'État, une première instance chargée du recours et une troisième instance, l'Immigration Appeal Tribunal. Entre-temps, de nouveaux éléments à prendre en compte étaient survenus que l'Immigration Appeal Tribunal refusa de considérer. La question posée à la Cour d'appel était de savoir si cette instance devait prendre en compte de nouveaux faits et si la Cour d'appel pouvait, du même coup, annuler la décision du Tribunal qui n'avait pas pris en compte les nouveaux faits pertinents. Carnwath LJ conclut que l'erreur de fait pouvait constituer un moyen recevable lorsque celle-ci engendre une iniquité. C'est donc sur le fondement de l'iniquité (« *unfairness* ») que l'erreur de fait peut être traitée. Le juge

p. Khawaja [1984] AC 74, HL (lors d'un recours contre une décision de mise en détention de personnes en situation irrégulière, les juges doivent pouvoir vérifier si ces personnes répondent bien à la définition contenue dans la loi de cette situation) ; *R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Tower Hamlets LBC* [1993] QB 632 ; *Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1997] AC 97 (« The court must consider the facts of the case in order to determine whether the Director had the jurisdiction to detain the appellants ») ; *R. v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions & Midland Expressway Limited* [1999] Env. L.R. 447 (« The issues of whether information related to the environment and, if it did, whether any of the exceptions to the duty to disclose were applicable, were to be decided objectively and primary questions of fact to be decided by the court »). Malgré ces affirmations, de nombreuses décisions refusent, en contrepoint, de traiter certaines qualifications juridiques comme étant des « *precedant fact* » : *R. v South Hams DC Ex p. Gibb* (« it was not for the court on an application for judicial review to determine as a precedent fact whether the occupiers were gypsies ») ; *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Onibiyo* [1996] Q.B. 768 (« It seemed that the determination of whether the fact of a new claim had been established was, like the determination of whether an asylum seeker was a refugee, a matter for the Secretary of State and could only be challenged on Wednesbury grounds »). Pour Paul Craig (*Administrative Law*, préc., p. 439), comme pour Christopher Forsyth (art. préc.), il semble impossible de systématiser la jurisprudence.

³⁵⁹⁵ Il s'agit de la règle que H. W. R. Wade et C. F. Forsyth appellent la « *no evidence rule* ». Cette règle s'étend aux cas dans lesquels les faits n'existent pas, mais aussi dans les cas où les faits ne peuvent justifier la conclusion de l'autorité administrative. V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 229 ;

³⁵⁹⁶ V. sur l'histoire de ce moyen V. N. Doe, J. Young, « *Law and Administration in England from the Middle Ages to the 17th Century* », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « *Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18^e/19^e s.)* », n° 8, spéc. p. 14.

³⁵⁹⁷ *V. Allinson v General Council of Medical Education and Registration* [1894] 1 Q.B. 750 (« it is admitted that, if there was no evidence upon which the council might fairly and reasonably say that the plaintiff had been guilty of "infamous conduct in a professional respect," they went beyond the jurisdiction given to them by the Act in entertaining the case and proceeding to adjudicate upon it » (p. 760) et plus loin « It must also be recollected that the evidence shews that he had never heard of the plaintiff's case before the inquiry. In these circumstances, I think the learned judge was quite right in coming to the conclusion that there was no reasonable ground in substance or in fact for suspecting any bias in Dr. Philipson. If that is so, the first objection taken by Mr. Coleridge fails » (p. 763)) ; *Lee v The Showmen's Guild of Great Britain* [1952] 2 Q.B. 329 (« When that happens, the question whether the committee has acted within its jurisdiction depends, in my opinion, on whether the facts adduced before them were reasonably capable of being held to be a breach of the rules »). V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 229, note 113. Dans les deux cas, les juges établissent un lien entre le caractère raisonnable et le problème de la compétence. On a l'impression qu'une qualification juridique des faits irrationnelle entraîne une question de compétence.

³⁵⁹⁸ *V. E v Secretary of State for the Home Department* [2004] Q.B. 1044. V. le comm. de Paul Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 479-492.

Carnwath encadre cette reconnaissance de quatre conditions : « premièrement, il doit y avoir eu une erreur concernant un fait existant, ce qui inclut une erreur sur la disponibilité des preuves sur un sujet particulier ; deuxièmement, le fait ou la preuve en question doit avoir été « établi » », dans le sens où ils ne font pas débat et sont objectivement vérifiables ; troisièmement, les demandeurs (ou ses conseils) ne doivent pas être la cause de l'erreur ; quatrièmement, l'erreur doit avoir joué un rôle significatif (mais pas nécessairement décisif) dans le raisonnement du tribunal »³⁵⁹⁹. Il suit de ces quatre conditions qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'iniquité, celle-ci se déduit de celles-là.

1294. L'apport de cette décision est de séparer l'erreur de fait et le problème de la compétence. L'erreur de fait conduisant à l'iniquité devient un moyen autonome de recours³⁶⁰⁰. Toutefois, des doutes ultérieurs ont été exprimés par les juges concernant ce nouveau moyen, qui ne pourront être levées que lorsque la Cour suprême aura tranché définitivement ce problème. Il reste donc une incertitude quant à la portée de cette décision³⁶⁰¹.

En conclusion, il existe une réelle divergence dans le contrôle des faits lors du recours de droit commun ouvert contre toute décision administrative en France et au Royaume-Uni. Il reste à étudier le sort du contrôle de la proportionnalité opéré par le juge dans ces deux pays.

3 — *Le contrôle de proportionnalité*

1295. À la différence de l'erreur de droit, ou de celle de fait — que cette dernière porte sur l'existence ou la qualification de ces faits — le contrôle de proportionnalité s'intéresse à l'adéquation de la décision à ses motifs. Le juge devra alors rechercher si la mesure est en adéquation avec la situation³⁶⁰². Ou, pour reprendre les termes de Fabrice Melleray, utilisant la terminologie de Bertrand Seiller, le contrôle maximum ne consiste plus à contrôler la « « légalité intrinsèque » de l'acte, mais sa « légalité extrinsèque » » ; le juge s'attachera donc à vérifier « si l'acte était le mieux adapté à la situation litigieuse et si n'existait aucune autre solution plus satisfaisante »³⁶⁰³.

1296. En droit français, le principe est appliqué d'abord de manière implicite, dans le domaine des mesures de police, à travers la « jurisprudence de la nécessité »³⁶⁰⁴, jurisprudence qui

³⁵⁹⁹ V. *E v Secretary of State for the Home Department* [2004] Q.B. 1044, spéc. § 66. Traduction de : « First, there must have been a mistake as to an existing fact, including a mistake as to the availability of evidence on a particular matter. Secondly, the fact or evidence must have been “established”, in the sense that it was uncontested and objectively verifiable. Thirdly, the appellant (or his advisers) must not have been responsible for the mistake. Fourthly, the mistake must have played a material (not necessarily decisive) part in the tribunal's reasoning ». V. le comm. des quatre conditions in Paul Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 493-498.

³⁶⁰⁰ V. C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », préc..

³⁶⁰¹ V. C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », préc.. Ces auteurs citent : *Shabana Shaheen v The Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1294, spéc. § 28 ; *MT (Algeria) v Secretary of State for the Home Department* [2008] Q.B. 533, spéc. § 69. Ces références sont citées et commentées par C. F. Forsyth, E. Dring, « The final frontier: the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », préc..

³⁶⁰² V. P.-L. Frier, *Motifs (Contrôle des)*, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, préc., n° 72.

³⁶⁰³ V. F. Melleray, *Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)*, 2007, Répertoire de contentieux administratif, préc., n° 54.

³⁶⁰⁴ V. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 p. 156. V. aussi J. Ziller, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1996 p. 185. V. aussi G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le*

correspond au cas le plus classique de contrôle de proportionnalité pour Guy Braibant³⁶⁰⁵. Dans le domaine des sanctions proprement dit, c'est aussi à travers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge a pu contrôler la disproportion. Depuis la décision Lebon de 1978, le Conseil d'État considère qu'il « lui incombe de vérifier, dans les termes de l'erreur manifeste d'appréciation, le lien de proportionnalité entre la faute disciplinaire commise par un agent public et la sanction prononcée »³⁶⁰⁶. Mais le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'est pas, comme le contrôle de l'irrationalité en droit anglais, un contrôle de proportionnalité : « ce n'est pas l'exacte adaptation ou correspondance qui déclenche la censure juridictionnelle, mais la disproportion »³⁶⁰⁷. C'est la raison pour laquelle Pierre Delvolvé parle de contrôle de disproportionnalité³⁶⁰⁸.

1297. Ce n'est que plus récemment, toujours en matière de sanction toujours, que la jurisprudence s'est orientée, avec l'arrêt Le Cun, et sous l'influence du droit constitutionnel³⁶⁰⁹ et de la Convention européenne des droits de l'homme, vers un plein contrôle de proportionnalité³⁶¹⁰. Mais c'est dans le cadre du contrôle pour excès de pouvoir que Maryvonne de Saint Pulgent avait plaidé pour le passage à un contrôle normal de la sanction, contrôle incluant l'examen de la proportionnalité de la sanction à la faute qui l'avait motivé. Lorsque le législateur prévoit un contrôle de pleine juridiction, le contrôle de proportionnalité fait partie intégrante du contrôle du juge, lequel dispose alors des mêmes pouvoirs que l'Administration.

1298. Qu'en est-il en droit anglais ? Historiquement le contrôle de proportionnalité est refusé par le juge anglais, la proportionnalité d'une mesure n'est pas un moyen invocable³⁶¹¹. C'est

contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 179, 1996 ; G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, 1974, p. 297 ; M. Guibal, « De la proportionnalité », AJDA 1978, p. 477 ; J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », AJDA 1988, p. 434 ; X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Paris, Economica, 1990 ; J. Mekhantar, Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale, Thèse dactyl., Paris II, 1990 ; R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, n° 932, 1268 ; V. aussi D. Péano, « Recours pour excès de pouvoir, Contrôle de la légalité interne », JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152, n° 153 suiv..

³⁶⁰⁵ V. G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », préc., spéc. p. 299.

³⁶⁰⁶ V. A. de Laubadère, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, Droit administratif général, tome 1, L.G.D.J., 16^e éd., 2001, n° 1247. V. Conseil d'État, Sect., 9 juin 1978, Lebon, Recueil Lebon p. 245. Auparavant, le Conseil d'État se refusait à apprécier le degré de gravité d'une sanction non juridictionnelle.

³⁶⁰⁷ V. X. Philippe, Le Contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préc., spéc. p. 166. Malgré cette affirmation, cet auteur range le contrôle de l'erreur manifeste dans le contrôle de proportionnalité : « L'erreur manifeste d'appréciation constitue, quelle que soit la juridiction qui l'utilise, le moyen de contrôle de proportionnalité le plus utilisé parce qu'il s'exprime de façon négative et recouvre sous une unité de vocabulaire, une pluralité de degrés » (p. 179).

³⁶⁰⁸ V. P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, L.G.D.J., Montchrestien, 1988, spéc. p. 289.

³⁶⁰⁹ V. Claude-Albert Colliard et Roseline Letteron estiment qu'en droit constitutionnel le contrôle ou test de proportionnalité « se présente comme un prolongement du contrôle de l'erreur manifeste ». Il est utilisé dans deux hypothèses : « D'une part, lorsque le législateur a dû opérer une conciliation entre deux exigences constitutionnelles, le juge vérifie le caractère équilibré, proportionné, de cette conciliation. D'autre part, lorsqu'un seul principe constitutionnel est en cause, il s'assure que la loi ne lui apporte pas une atteinte qui serait excessive » (Libertés publiques, Dalloz, Coll. Précis, 8^e éd., pp. 123-124).

³⁶¹⁰ V. Conseil d'État, Ass., 1^{er} mars 1991, Le Cun, Recueil Lebon p. 70, AJ 1991, p. 358, chron. C. Maugué et R. Schwartz, RFDA 1991, p. 613, concl. M. de Saint-Pulgent.

³⁶¹¹ V. P. Craig, Administrative Law, préc., pp. 622 suiv. ; C. Harlow, R. Rawlings, Law and Administration, préc., pp. 120 suiv. ; A. Le Sueur, « The Rise and Ruin of Unreasonableness », 10 Judicial Review 32 (2005) ;

ce qui ressort clairement de la décision Brind de 1991. Le Secrétaire d'État avait enjoint à la B.B.C. ainsi qu'à l'Independent Broadcasting Authority de ne diffuser aucun message provenant d'organisations interdites par les lois de 1984 sur la prévention du terrorisme et de 1978 portant mesures d'urgence relatives à l'Irlande du Nord. L'injonction fut attaquée par les chaînes, lesquelles cherchaient à pouvoir rendre compte des événements de l'actualité, notamment en Irlande. Le moyen soulevé par les requérants était tiré du caractère disproportionné de l'interdiction. Le moyen est rejeté, mais les juges n'en laissent pas moins poindre la possibilité, à l'avenir, que ce contrôle puisse être invoqué. Lord Bridge conclut son discours en jugeant qu'il « ne voit pas comment l'invocation de la doctrine de la proportionnalité pourrait, ici, aider les requérants », mais, avec Lord Roskill, il concède que celle-ci pourrait jouer un rôle à l'avenir³⁶¹². Cette prédiction était fondée sur un passage d'un jugement de Lord Diplock, dans lequel celui-ci laisse entendre que ce principe pourrait trouver à s'appliquer un jour futur³⁶¹³.

1299. Quelles raisons les juges avancent-ils pour refuser l'approfondissement du contrôle ? Les juges anglais craignent d'aller vers un contrôle de l'opportunité qui les pousserait à substituer leur appréciation à celle de l'Administration, rôle pour lequel les juges ne se sentent pas équipés³⁶¹⁴.

1300. Cette solution est confirmée par la suite dans de nombreux jugements³⁶¹⁵. Ce moyen est irrecevable, les juges confirmant qu'ils ne souhaitent pas se départir du contrôle classique, fondé sur l'irrationalité³⁶¹⁶.

1301. Le moyen n'est donc invocable que dans deux contextes précis : lorsqu'une violation du droit de l'Union européenne ou du Human Rights Act est invoquée. C'est ce qu'a précisé

M. Taggart, « Reinventing Administrative Law », pp. 311 suiv., in *Public law in a multi-layered constitution*, N. Bamforth, P. Leyland (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart, 2003 ; A. Lester, J. Jowell, « Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law », *Public Law*, 1987, Autumn, pp. 368-382 ; S. Boyron, « Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation? », *Oxford Journal of Legal Studies*, (1992) 12(2), pp. 237-264 ; J. Rivers, « Proportionality and the Variable Intensity of Review », *Cambridge Law Journal*, 2006, 65(1), pp. 174-207 ; T. Hickman, « Proportionality: Comparative Law Lessons », 12 *Judicial Review*, 31 (2007) ; R. Clayton, K. Chaly, « Shifting Standards of Review », 12 *Jud. Rev.* 210 (2007). V. aussi, Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 179, 1996, pp. 195 suiv.

³⁶¹² V. *Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind and Others* [1991] 1 A.C. 696, spéc. p. 749. V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 623, n°19-009.

³⁶¹³ V. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374, spéc. p. 410 : « That is not to say that further development on a case by case basis may not in course of time add further grounds. I have in mind particularly the possible adoption in the future of the principle of 'proportionality' which is recognized in the administrative law of several of our fellow members of the European Economic Community; but to dispose of the instant case the three already well-established heads that I have mentioned will suffice ».

³⁶¹⁴ À titre de comparaison, le Conseil d'État avait refusé de se diriger dans cette voie en 1978, dans sa décision Lebon, pour trois raisons assez différentes, que rappelle Maryvonne de Saint Pulgent et qu'avait exposées à l'époque le commissaire Bruno Genevois : « le fait qu'aucun texte ne fournissait la liste complète des fautes susceptibles d'être sanctionnées, notamment en ce qui concerne les agents publics ; le fait que le comportement général d'un agent doive être pris en compte pour l'appréciation portée sur une faute qui peut être accidentelle ou au contraire répétitive ; le fait que l'autorité hiérarchique puisse avoir des raisons de politique générale du personnel d'être plus ou moins sévère à l'égard de l'agent fautif » (M. de Saint Pulgent, art. préc., RFDA 1991, p. 613).

³⁶¹⁵ V. *R v International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd* [1993] B.C.C. 11.

³⁶¹⁶ V. *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Hargreaves* [1997] 1 All E.R. 397.

Dyson L.J. dans un arrêt de 2003³⁶¹⁷. Toutefois, comme le montre Paul Craig, les juges n'hésitent pas à effectuer un contrôle de proportionnalité, souvent implicitement, sans que le fondement de l'annulation soit bien clair. Ainsi dans la décision Hook, c'est la violation des droits de la défense qui justifie l'annulation. Toutefois, Lord Denning affirme à cette occasion que « la jurisprudence manifeste que la Cour peut prononcer l'annulation si une punition est à la fois trop sévère et hors de proportion avec les faits »³⁶¹⁸. C'est bien souvent le moyen de l'irrationalité qui permet aux juges d'apprécier la disproportion³⁶¹⁹. Pierre-Laurent Frier fait d'ailleurs un rapprochement entre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui a joué un rôle similaire en France, et l'irrationalité : « L'erreur manifeste permettrait ainsi, dans la ligne de la jurisprudence anglaise qui exerce un contrôle de l'unreasonableness, de sanctionner les appréciations absurdes, aberrantes, ce qui conduit à la censure de l'administration lorsqu'elle « est allée au-delà des limites du raisonnable dans le jugement qu'elle a porté sur des éléments d'opportunité » (concl. BRAIBANT sur CE 13 nov. 1970, préc.), « lorsque le juge se trouvait en présence de situations choquantes » (ODENT, Cours de contentieux administratif, Les cours du droit, 1981, t. 6, p. 1995) »³⁶²⁰.

1302. La décision Brind, tout en rejetant tout contrôle de proportionnalité, n'en recèle pas moins de nombreux raisonnements qui mobilisent ce contrôle. Ainsi, comme le montre Paul Craig, le raisonnement des juges est assez proche de la proportionnalité, tout en restant dans le cadre du contrôle de l'irrationalité. Pour Lord Templeman, la question à se poser est celle de savoir si un « Secrétaire d'État raisonnable, au vu des éléments à sa disposition, pouvait raisonnablement conclure que l'interférence dans la liberté d'expression était justifiable »³⁶²¹. De même et surtout, Lord Ackner établit un lien entre la disproportion et l'irrationalité, lorsqu'il affirme : « Clairement, la décision d'un ministre qui souffre d'un manque total de proportionnalité peut recevoir l'épithète de déraisonnable au sens de l'arrêt Wednesbury »³⁶²².

1303. Les juges anglais, notamment avec l'entrée en vigueur du Human Rights Act, se sont accoutumés au contrôle de proportionnalité, si bien que Lord Slynn affirme dans la décision Alconbury : « Je considère que, même en dehors de la loi sur les droits de l'homme de 1998, l'heure est venue de reconnaître que ce principe appartient au droit administratif anglais, non seulement lorsque les juges doivent contrôler des actes européens, mais aussi lorsqu'ils doivent se pencher sur la légalité d'actes de droit interne. Essayer de séparer les principes Wednesbury et de proportionnalité dans des compartiments séparés me paraît inutile et source de confusion »³⁶²³.

³⁶¹⁷ V. Regina (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473 : « proportionality had not replaced the test of reasonableness traditionally applicable on judicial review claims which raised no human rights or European Community law issues ».

³⁶¹⁸ V. Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council [1976] 1 W.L.R. 1052, spéc. p. 1057. Traduction de : « Now there are old cases which show that the court can interfere by certiorari if a punishment is altogether excessive and out of proportion to the occasion ».

³⁶¹⁹ V. G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre, préc., spéc. pp. 294 suiv..

³⁶²⁰ V. P.-L. Frier, Motifs (contrôle des), préc., n° 59.

³⁶²¹ V. Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind and Others [1991] 1 A.C. 696, spéc. p. 751.

³⁶²² V. Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Brind and Others [1991] 1 A.C. 696, spéc. p. 761. Traduction de : « Clearly a decision by a minister which suffers from a total lack of proportionality will qualify for the Wednesbury unreasonable epithet ».

³⁶²³ V. Regina (Alconbury Developments Ltd and Others) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2003] 2 A.C. 295, spéc. § 51. Traduction de : « I consider that even without reference to the

1304. L'évolution est clairement à la reconnaissance du contrôle de proportionnalité en droit interne anglais, en dehors et dans le cadre du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

1305. Les recours de droit commun disponible pour contrôler les actes de l'Administration présentent donc de nettes différences entre les deux pays. Les pouvoirs des juges diffèrent et les moyens de contrôle ne se recouvrent pas non plus complètement. Malgré ces différences on retrouve certains points communs, comme l'émergence de la proportionnalité à partir du contrôle restreint, de l'erreur manifeste en France et de l'irrationalité au Royaume-Uni.

1306. Un dernier élément doit être signalé, qui constitue un caractère nettement distinctif du *judicial review*, à savoir son coût important et dissuasif, si bien qu'il constitue, pour certains, un obstacle à l'accès à la justice.

F — Le coût du recours

Le coût du *judicial review* constitue un sérieux facteur de dissuasion de recourir en justice, surtout si on l'ajoute aux autres obstacles qui rendent l'issue du recours incertaine pour le justiciable étant donné la faiblesse des moyens invocables.

1307. Ce point n'a pas été documenté concernant le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En revanche le droit de l'environnement peut fournir des éléments intéressants pour établir cet argument. Le Royaume-Uni est en effet partie à la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Cette convention dispose d'un comité chargé d'examiner le respect par les parties des dispositions de la convention. Ce comité prit deux décisions provisoires dont l'intérêt est de manifester certaines limites du *judicial review*³⁶²⁴, tenant à son coût.

1308. L'article 9 de cette convention stipule en effet que le public doit pouvoir disposer d'un droit d'accès à la justice afin de « contester la légalité [de la décision], quant au fond et à la procédure ». Le même article ajoute que le recours doit être effectif, objectif, équitable, rapide sans que son coût soit prohibitif.

1309. Dans la première affaire, une association de résidents, Cultra, fit un recours contre la décision d'étendre l'aéroport de Belfast. Le recours échoua et l'association fut donc condamnée à payer le coût de la procédure de l'autre partie, soit £39,454. Dans le second cas, une association non gouvernementale souhaitait faire annuler la décision du gouvernement autorisant le Port de Tyne de jeter au large des déchets contaminés provenant de dragages.

Human Rights Act 1998 the time has come to recognize that this principle is part of English administrative law, not only when judges are dealing with Community acts but also when they are dealing with acts subject to domestic law. Trying to keep the Wednesbury principle and proportionality in separate compartments seems to me to be unnecessary and confusing ». V. aussi l'avis de M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, préc., p. 261. V. aussi R. Gordon, « Two Dogmas of Proportionality », *Judicial Review*, vol. 16, n° 3, pp. 182-191.

³⁶²⁴ V. Draft Findings ACCC/C/2008/27 with regard to compliance by United Kingdom with its obligations under the Aarhus Convention ; Draft Findings ACCC/C/2008/33 with regard to compliance by the United Kingdom with its obligations under the Aarhus Convention. V. J. Maurici, « Aarhus and Access to Justice », *Judicial Review*, vol. 16, n° 3, pp. 253-289. V. aussi le rapport : Ministry of Justice, *Cost Protection for Litigants in Environmental Judicial Review Claims*, Outline proposals for a cost capping scheme for cases which fall within the Aarhus Convention, Consultation Paper CP16/11, 19 October 2011.

Cette association fut découragée dans son action en raison du coût de l'action en justice. Dans le premier cas, le comité considéra que la somme à acquitter était bien prohibitive au sens de la convention. Dans le deuxième cas, le comité formule des critiques beaucoup plus larges concernant la compatibilité du *judicial review* avec les exigences de la Convention³⁶²⁵.

1310. Le comité établit dans cette décision provisoire que le coût du contentieux rend le recours au *judicial review* difficile et contrevient aux droits reconnus par la convention. Aussi, le Comité demande-t-il une réforme en ce domaine, afin de permettre aux requérants de bénéficier d'une aide plus importante et d'une répartition des coûts qui ne décourage pas trop les requérants³⁶²⁶.

1311. Le coût du *judicial review* est un élément important. Son coût moyen est estimé à environ dix mille livres, tandis que le droit pour porter l'affaire en justice est d'environ deux cent trente livres³⁶²⁷. La comparaison est toutefois difficile en l'absence d'éléments de comparaison avec le recours pour excès de pouvoir. Ce que l'on peut dire en revanche c'est que le recours est en lui-même gratuit et que la partie perdante peut être condamnée à payer les dépens (c'est-à-dire aux frais d'instruction, en général des expertises) ainsi que les frais irrépétibles³⁶²⁸. Mais, en l'absence de données, il est difficile d'affirmer que le recours pour excès de pouvoir aurait un coût exorbitant. Ce n'est pas un reproche qui lui est adressé en tout cas.

Il faut à présent analyser comment ces recours ont évolué sous les pressions externes, tant du droit de l'Union européenne que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

II — L'évolution des recours de droit interne pour s'adapter aux exigences de la Convention

Après avoir analysé l'évolution des recours en France, spécialement dans le domaine de la fonction contentieuse de l'Administration (A), il faudra mener une analyse semblable au Royaume-Uni (B).

A — En France : aménagement et évolutions des recours

1312. Il faut d'abord noter qu'en France, l'évolution qu'a connue le recours contre les décisions des autorités sectorielles n'est pas seulement explicable par l'influence externe de la

³⁶²⁵ Pour d'autres exemples sur le coût de la justice au Royaume-Uni : P. Burbridge, « Regards d'Angleterre », in *Quelles juridictions économiques en Europe ? : du règne de la diversité à un ordre européen*, Y. Chaput, A. Lévi (dir.), Lexis-Nexis, Litec, Coll. Le droit des affaires, 2007, spéc. § 260 ; J. Lemasurier, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Economica, 2001, spéc. p. 102.

³⁶²⁶ V. aussi Mr Justice Sullivan, *Ensuring access to environmental justice in England and Wales*, Report of the Working Group on Access to Environmental Justice, May 2008.

³⁶²⁷ V. De Smith's *Judicial Review*, préc., p. 852. Le tableau que fournissent les auteurs met en évidence que le coût élevé du recours est dû en grande partie aux honoraires d'avocat et de conseil.

³⁶²⁸ V. B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, préc., n° 315 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 1181 ; V. Haïm, *Frais de justice*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2011.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou du droit de l'Union européenne, même si l'autorité de ces sources sur le Conseil d'État ne fait pas de doute³⁶²⁹.

1313. L'existence d'un recours de pleine juridiction est aussi exigence interne en matière de sanction administrative. Le Conseil constitutionnel considère aussi que l'existence d'un tel recours en matière de sanction est une garantie importante, même si la motivation du Conseil n'est pas tout à fait claire sur ce point, puisque, dans la décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil a jugé qu'il « appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanctions de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Et, au nombre de ces garanties que le Conseil égrène, celui-ci note que la loi déférée en comporte de nombreuses et notamment que « toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction suspensif d'exécution en cas de retrait d'autorisation ; dans les autres cas, le sursis à exécution peut être demandé »³⁶³⁰. L'existence de cette garantie, mais au même titre que d'autres³⁶³¹, permet de conclure à la constitutionnalité du dispositif. C'est ce qui pousse

³⁶²⁹ V. sur l'étude de l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, de la C.J.U.E. et du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence du Conseil d'État : J. Andriantsimbazovina, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 192, 1998.

³⁶³⁰ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n°88-248 DC, préc., cons. 27 à 32. On retrouve la même motivation dans la décision : Conseil constitutionnel, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-307 DC, cons. 20 (J.O.R.F., 12 mars 1992, p. 3003 ; Recueil, p. 48). La motivation de la décision du 27 juillet 2000, concernant toujours le Conseil supérieur de l'audiovisuel, est toutefois plus claire. Le Conseil affirme en effet que : « Considérant que, si l'intervention d'un membre de la juridiction administrative extérieur au Conseil supérieur de l'audiovisuel, en qualité de rapporteur, n'est plus imposée par la loi, l'ensemble des garanties constitutionnelles devant entourer le prononcé de toute sanction administrative reste applicable aux sanctions en cause ; qu'en particulier, le respect des droits de la défense, principe fondamental reconnu par les lois de la République, est assuré ; que, par ailleurs, toute décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel infligeant une sanction doit être motivée et peut faire l'objet devant le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction ; que, par suite, aucun principe de valeur constitutionnelle ne se trouve privé de garanties légales par l'effet des dispositions en cause (Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 2000-433 DC, préc., cons. 56). On retrouve cet élément à propos du contrôle de pleine juridiction du Conseil constitutionnel des décisions de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, mais encore de manière très elliptique (Conseil constitutionnel, 5 avril 2006, Loi organique relative à l'élection du Président de la République, n° 2006-536 DC (J.O.R.F., 6 avril 2006, p. 5199, texte n°4, Rec. p. 61), cons. 2 et 4 : « Considérant que cette loi organique confie à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques l'examen des comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle ; qu'elle prévoit que les décisions de la commission pourront être contestées par les candidats concernés devant le Conseil constitutionnel par un recours de pleine juridiction ; qu'elle permet à la commission, ainsi qu'au Conseil constitutionnel, de moduler le remboursement forfaitaire des dépenses de campagne en fonction du nombre et de la gravité des manquements constatés aux règles de financement ; qu'elle modifie les règles de publication des comptes de campagne (...) ; Considérant qu'aucune des dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel n'est contraire à la Constitution ». V. aussi : Conseil constitutionnel, 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, n° 2001-452 DC, cons. 10 (J.O.R.F., 12 décembre 2001, p. 19712, Rec. p. 156). Mais on ne retrouve pas une telle exigence dans les décisions sur le pouvoir de sanction de la C.O.B. ou de la HADOPI par exemple et le Conseil n'énonce pas clairement la base juridique sur laquelle il fonde ces solutions qui ne sont pas encore systématisées. Il est difficile, dans ces conditions, de conférer une portée générale à ce considérant.

³⁶³¹ C'est ce que note Bruno Genevois : « Dans la mesure où la décision fait intervenir une pluralité d'éléments, la question se pose de savoir s'ils sont tous indispensables à l'admission de la conformité à la Constitution de sanctions administratives » (RFDA, mars-avril 1989, 5/2, spéc. p. 222). V. aussi note J.-L. Autin, Revue

Fabrice Melleray à dire que cette jurisprudence milite en faveur d'une élévation du contrôle sur les sanctions administratives³⁶³², mais en aucun cas on ne peut conclure que cette jurisprudence impose l'existence d'un recours de pleine juridiction. Par ailleurs, même si le Conseil a eu l'occasion, dans d'autres décisions d'affirmer l'importance de cette garantie, la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel » date d'une époque où le Conseil d'État n'exerçait pas encore un contrôle normal des sanctions administratives, puisqu'un tel contrôle ne sera consacré qu'en 1991, avec la décision *Le Cun*.

Malgré cette source importante, c'est manifestement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (1) qui a amené un changement (2).

1 — La Cour européenne des droits de l'homme et les recours français

1314. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, de manière claire, qu'en matière pénale, le recours en cassation est insuffisant pour corriger les éventuels défauts de l'instance administrative. La compatibilité du recours pour excès de pouvoir a donné lieu à davantage de débats doctrinaux, auxquels le Conseil d'État — après le législateur — a finalement mis fin en étendant l'empire du recours de plein contentieux aux sanctions administratives.

1315. L'incompatibilité du recours en cassation avec les exigences de la Convention a été mise en lumière et expressément affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme à de multiples reprises, mais pour des recours assez différents, si bien qu'une démonstration définitive n'est pas aisée.

1316. Elle a d'abord affirmé cela concernant le recours en cassation en Belgique, et qui plus est dans la matière civile. Dans l'affaire *Le Compte*, la Cour de Strasbourg affirme de manière très nette que, comme « il n'entre pas dans les compétences de la Cour de cassation de corriger les erreurs de fait ni de contrôler la proportionnalité entre faute et sanction [...] ». Partant, l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne s'est trouvé respecté que si le conseil d'appel répondait à ses exigences »³⁶³³. L'organe d'appel devait donc respecter les conditions du procès équitable, faute pour le recours en cassation de pouvoir racheter les violations de celui-ci. Dans la deuxième affaire *Le Compte*, la Cour réitère la même appréciation³⁶³⁴.

1317. Malgré les ressemblances certaines avec le recours en cassation français, cet argument ne peut être complètement décisif. La Cour européenne, concernant le cas français cette fois, a jugé que le recours en cassation devant le juge judiciaire ne remplissait pas les conditions de

administrative, n° 249, juin 1989, p. 223 et suiv.. Maryvonne de Saint Pulgent milite, elle, pour une lecture littérale de la décision du Conseil constitutionnel, ne faisant du recours de pleine juridiction qu'un élément parmi d'autres des garanties permettant d'assurer la constitutionnalité du dispositif (« Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques », RFDA 1991 p. 612).

³⁶³² V. F. Melleray, « L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles », *Droit Administratif* n° 10, octobre 2007, comm. 145.

³⁶³³ V. C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte*, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, n° 6878/75 et 7238/75, spéc. § 51.

³⁶³⁴ V. C.E.D.H., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, n° 7299/75 et 7496/76, § 36 : « La haute juridiction [la Cour de cassation] ne connaît pas du fond des affaires, si bien que de nombreux aspects des “contestations” relatives à des “droits et obligations de caractère civil” échappent à son contrôle, dont l'examen des faits et l'appréciation de la proportionnalité entre faute et sanction ».

la pleine juridiction et ne pouvait dès lors constituer un recours satisfaisant, permettant de corriger les violations du procès équitable devant la première autorité³⁶³⁵.

1318. En matière de visite domiciliaire et dans le cadre d'un contrôle fiscal, la Cour a ainsi jugé que la seule possibilité pour le contribuable de se pourvoir en cassation contre l'ordonnance du juge autorisant la saisie n'était pas suffisante par rapport aux conditions posées à l'article 6, pris ici dans son volet civil, puisqu'était en cause l'éventuelle « méconnaissance ou non par les autorités de leur droit au respect du domicile »³⁶³⁶. La Cour examine d'abord si, concrètement, « le contrôle de la Cour de cassation, statuant sur pourvoi du requérant, apporte des garanties suffisantes au regard de l'équité du procès, exigée par l'article 6 de la Convention ». Or, elle juge que la possibilité de se pourvoir en cassation « ne répond pas aux exigences de l'article 6 § 1 dès lors qu'un tel recours devant la Cour de cassation, juge du droit, ne permet pas un examen des éléments de fait fondant les autorisations litigieuses »³⁶³⁷. L'autorisation judiciaire des visites et saisies dans les locaux professionnels a aussi fait l'objet d'une censure dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Dans l'affaire Canal Plus, la Cour européenne a réitéré son jugement sur l'insuffisance du recours en cassation pour corriger les défauts de la procédure initiale³⁶³⁸.

1319. L'ensemble de ces affaires concerne le volet civil de l'article 6, pour lequel la seule existence d'un recours en cassation, qui ne permet de réexaminer que les éléments de droit, n'est pas suffisante pour corriger les insuffisances de la première instance.

³⁶³⁵ C'est d'ailleurs ce que la doctrine reconnaît volontiers. V. J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile 2009/2010, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4^e éd., 2008, spéc. n° 01.14 : « La Cour de cassation n'est pas un troisième de degré de pleine juridiction. Elle n'a pas pleine juridiction sur les litiges qui lui sont soumis car la loi lui interdit de remettre en cause les appréciations de fait des juges du fond. À cela s'ajoute qu'elle s'interdit à elle-même d'apprécier certaines qualifications juridiques, en sorte que le contrôle qu'elle exerce sur les litiges qui lui sont soumis est limité ».

³⁶³⁶ V. C.E.D.H., 21 février 2008, Ravon c. France, n° 18497/03, § 24 : Contrats conc. consom. 2008, alerte 27, Focus P. Wilhelm et Fl. Vever, § 29 ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 30, 23 Juillet 2008, I 167, note F. Sudre, spéc. n° 10 ; Concurrences, 2008, n° 2, p. 151, note A. Maîtrepierrre ; C. Arsouze, Procédures boursières, préc., n° 157 ; Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, préc., n° 5 et n° 52 ; Revue de science criminelle 2008, p. 598, note H. Matsopoulou ; Rev. sociétés 2008. 658, note B. Bouloc.

³⁶³⁷ V. C.E.D.H., 21 février 2008, Ravon c. France, n° 18497/03, § 29. V. aussi C.E.D.H., 20 novembre 2008, Société IFB c. France, n° 2058/04, § 26 : « Sur ce point, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé que la procédure prévue et organisée par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, en tout cas en l'absence de poursuites subséquentes, ne répond pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (Ravon et autres, précité, §§ 28-35). Elle ne voit aucune raison de s'écarter de ce constat en l'espèce. Compte tenu de cette conclusion, la Cour estime qu'il ne peut, en tout état de cause, être reproché à la requérante de ne pas avoir usé du recours ouvert devant la Cour de cassation pour contester l'une des ordonnances litigieuses ». V. C.E.D.H., 16 octobre 2008, Maschino c. France, n° 10447/03, § 22 ; C.E.D.H., 18 septembre 2008, Kandler et autres c. France, n° 18659/05, § 26 ;

³⁶³⁸ V. C.E.D.H., 21 décembre 2010, Société Canal Plus et autres c. France, n° 29408/08 : « En l'espèce, la Cour relève que, selon le régime prévu à l'article L. 450-4 du code de commerce – quasiment identique à celui fixé à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales –, les requérantes n'ont également disposé que d'un pourvoi en cassation pour contester la régularité et le bien-fondé de l'ordonnance du 8 février 2005. (...) la Cour estime que n'ayant disposé, comme dans l'affaire Ravon et autres (précitée), que d'un pourvoi en cassation, les sociétés requérantes n'ont pas bénéficié d'un contrôle juridictionnel effectif pour contester la régularité et le bien-fondé de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé les visites et saisies et, partant, que l'exception d'irrecevabilité jointe au fond doit être rejetée » (§§ 36 et 44) : Recueil Dalloz, 2011, n° 19, p. 1332, note H. Matsopoulou. V. aussi C.E.D.H., 21 décembre 2010, Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France, n° 29613/08, § 24-25 ; C.E.D.H., 5 mai 2011, Société Métallurgique Liotard Frères c. France, n° 29598/08, § 22 (La Semaine Juridique Édition Générale n° 20, 16 mai 2011, 595, note B. Pastre-Belda).

1320. Qu'en est-il du recours en cassation devant le Conseil d'État ? Dans une première affaire, il s'agissait de poursuites disciplinaires diligentées à l'encontre d'un médecin par son ordre, le volet civil de l'article 6 était donc en cause. Le requérant contestait l'absence de publicité de l'audience, défaut qu'un recours de pleine juridiction devant une juridiction répondant à ce critère aurait pu corriger. Mais, ici la Cour européenne note que le Conseil d'État statuant en cassation sur les décisions de la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins « ne peut passer pour un « organe judiciaire de pleine juridiction », notamment parce qu'il n'a pas le pouvoir d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction »³⁶³⁹. Ce n'est donc pas ici l'absence de contrôle des faits qui manifeste l'insuffisance du recours en cassation, c'est l'absence de contrôle de proportionnalité. Mais l'ajout par la Cour de l'adverbe « notamment » tendrait à montrer que ce n'est pas le seul manque dont souffre le recours en cassation.

1321. Comme l'explique Jacques Petit à propos des arrêts *Le Compte et Diennet*, « l'insuffisance du contrôle de cassation qu'ils pointent est bien connue ». En effet, le juge de cassation « contrôle la qualification juridique de faute et, par là, si les faits imputés à la personne poursuivie sont de nature à justifier une sanction. Mais la juridiction de cassation ne vérifie pas que ces mêmes faits sont de nature à justifier la sanction qui a été prononcée ; autrement dit, elle ne s'assure pas que la sévérité de la sanction est adaptée à la gravité de la faute, cette appréciation relevant du pouvoir souverain des juges du fond »³⁶⁴⁰.

1322. Si bien que lorsque le Conseil d'État n'est saisi qu'en tant que juge de cassation, les garanties du procès équitable doivent être entièrement respectées par l'autorité ayant pris la décision³⁶⁴¹.

1323. Qu'en est-il à présent du recours pour excès de pouvoir ? L'existence de ce type de recours permet-elle de corriger les éventuels défauts d'une première procédure ne répondant pas à l'ensemble des conditions de l'article 6 ? De l'avis de la doctrine, il s'agit d'une question délicate³⁶⁴².

³⁶³⁹ C.E.D.H., 26 septembre 1995, *Diennet c. France*, n° 18160/91, § 34 : JCP G 1995, I, 3910, n° 25, note F. Sudre. V. aussi C.E.D.H., 27 juillet 2006, *Gubler c. France*, n° 69742/01, § 26 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 janvier 2007, I 106, n° 7, note F. Sudre ; C.E.D.H., 24 septembre 2009, *Mérigaud c. France*, n° 32976/04, § 69. V. J. Pralus-Dupuy, « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *Revue de science criminelle* 1995 p. 723, spéc. n° 43 ; J.-P. Costa, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif*, spéc. n° 58, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

³⁶⁴⁰ V. J. Petit, « L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales. Commentaire de l'avis du Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, *M. Guy Houdmond* », *RFDA*, 1997 p. 843.

³⁶⁴¹ C'est ainsi le raisonnement que suit Alain Seban (« Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers », *RFDA* 2000 p. 584) : « Lorsque vous êtes saisis par la voie de la cassation d'une décision juridictionnelle, par exemple une décision de sanction prise par une juridiction ordinaire, vous pouvez affirmer que pour que le droit au procès équitable ait été assuré, il est nécessaire que les stipulations de l'article 6-1 aient été respectées par les juges du fond : le moyen tiré de leur méconnaissance est donc bien opérant. Lorsque vous êtes saisis par la voie du recours pour excès de pouvoir ou d'un recours spécial de pleine juridiction d'une décision administrative, la situation est en principe inverse : le moyen est inopérant non pas parce que la décision est administrative, mais parce qu'on peut avoir la conviction raisonnable que le droit au procès équitable est garanti devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».

³⁶⁴² Pour Jean-François Flaus, il est nécessaire d'aborder cette question avec prudence, il ne faut pas prendre cette expression au pied de la lettre (J.-F. Flaus, *AJDA*, 1994, p. 28). Dans le même sens, C. Teitgen-Colly, « Garanties du procès équitable et répression administrative », in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, *Economica*, 1993, spéc. p. 302.

1324. Quelle est la position de la Cour européenne ? La solution de l'arrêt *Malige* n'est pas décisive sur ce point. La Commission puis la Cour estiment, concernant la peine complémentaire de retrait de point qu'un contrôle suffisant est incorporé à la peine principale sans qu'il soit besoin d'ajouter un contrôle de pleine juridiction supplémentaire, spécifique à la peine complémentaire. Elle note toutefois que le requérant pourra saisir le juge de l'excès de pouvoir d'un recours contre la décision de retrait de point. C'est ici l'ensemble des garanties entourant le prononcé de la peine principale (devant un tribunal doté d'une compétence de pleine juridiction et remplissant les conditions de l'article 6 § 1) et la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre la peine complémentaire qui font de ce système, globalement, un mécanisme satisfaisant aux conditions du procès équitable³⁶⁴³.

1325. Dans l'affaire *Maryse Reynaud Escarrat*, concernant le retrait d'une autorisation prononcée par l'Ordre national des médecins, la Commission estime la requête irrecevable, car le grief tiré du non-respect de l'article 6 ne peut qu'être écarté, la requérante ayant disposé d'un recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État. La Commission estime, dans une affaire impliquant la violation d'un droit de caractère civil, que la requérante a pu contester, lors de ce recours, tant les points de droit que les questions de fait, ce qui est conforme au standard établi dans l'arrêt *Le Compte*³⁶⁴⁴. La Cour formule le même jugement, dans une autre affaire impliquant la violation d'un droit de caractère civil. Elle estime ainsi que « la cause de la requérante a été examinée par le Conseil d'État [...] dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, en premier et dernier ressort ». De fait, la Cour note que le Conseil d'État, dans le cadre de ce recours ne jouissait pas, de la « plénitude de juridiction », dans le sens où il aurait pu substituer sa décision à celle du conseil médical de l'aéronautique civile. Toutefois, la Cour juge que le Conseil d'État, ayant pu « examiner tous les moyens soulevés par la requérante, en fait comme en droit, et apprécier toutes les pièces de son dossier médical, au vu des conclusions de l'ensemble des rapports médicaux discutées devant elles par les parties », la Cour conclut au respect de l'article 6³⁶⁴⁵.

³⁶⁴³ V. Commission E.D.H., 29 mai 1997, *Jérôme Malige c. France*, n° 27812/95, « La Commission estime qu'un contrôle suffisant au regard de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation prononcée à l'encontre du requérant sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points ». Par ailleurs, la Commission constate que le requérant pourra introduire un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative afin de faire contrôler que l'autorité administrative a agi à l'issue d'une procédure régulière et notamment que le titulaire du permis de conduire a été mis à même de saisir le juge pénal (§ 73) ; Commission E.D.H., 2 février 1999, *Jean-François Roche c. France*, n° 33560/96 (décision sur la recevabilité) ; Cour E.D.H., 3^e sect., 2 février 1999, *Louis Serny c. France*, n° 34131/96 (décision sur la recevabilité) ; Commission E.D.H., 2^e ch., 27 octobre 1998, *Claude Monnard c. France*, n° 33108/96 et *Walter Munsch c. France*, n° 32871/96 (sur la recevabilité).

³⁶⁴⁴ V. Commission E.D.H., 2^e ch., 28 février 1996, *Maryse Reynaud Escarrat*, n° 22108/93 (sur la recevabilité).

³⁶⁴⁵ V. C.E.D.H., 29 octobre 2009, *Chaudet c. France*, n° 49037/06, spéc. §§ 37-38. C.E.D.H., 5^e sect., 8 mars 2011, *Philippe Escoffier c. France*, n° 8615/08 (décision sur la recevabilité) : « la Cour a précisé que par "organe judiciaire de pleine juridiction", il fallait entendre un organe juridictionnel compétent pour donner "une solution juridictionnelle du litige (...), tant pour des points de fait que pour des questions de droit" (*Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, § 29, série A n° 58). Or, lorsqu'il statue sur un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État procède à un contrôle aussi bien de la légalité que de la matérialité des faits (*Reynaud Escarrat c. France*, n° 22108/93, décision de la Commission du 28 février 1996). Ce fut d'ailleurs le cas en l'espèce puisque le Conseil d'État a estimé que le décret litigieux devait être partiellement annulé dans la mesure où il avait exclu de son périmètre un parking appartenant au domaine public départemental. Il s'ensuit que cette seconde partie du grief est manifestement mal fondée et qu'elle doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention ».

1326. En matière civile, le recours pour excès de pouvoir satisfait donc les exigences de l'article 6. Qu'en est-il alors en matière pénale ?

1327. Pour Mattias Guyomar, la compatibilité avec l'article 6 ne peut être assurée que par deux types de recours : « Nous pensons donc que l'effectivité de l'intervention du juge sera assurée, au regard des exigences de l'article 6 § 1, soit par l'existence d'un contrôle de pleine juridiction soit, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, par l'existence d'un entier contrôle sur le pouvoir de sanction — motifs comme dispositif ce qui comprend l'appréciation des éléments de fait y compris en ce qui concerne l'adéquation entre la faute et la sanction »³⁶⁴⁶. Pour ce commissaire, le contrôle de pleine juridiction n'est pas le seul recours compatible avec l'article 6 § 1 mais, pour être compatible avec ce texte, encore faut-il que le recours pour excès de pouvoir soit un contrôle entier.

1328. C'était déjà le raisonnement que tenait Maryvonne de Saint Pulgent dans ses conclusions sous l'arrêt Le Cun de 1^{er} mars 1991. S'interrogeant sur la portée de la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel » du Conseil constitutionnel, il s'agissait de savoir si cette jurisprudence ne faisait pas du recours de pleine juridiction une obligation pour le Conseil d'État et si, surtout, elle n'obligeait pas le juge à opérer un contrôle entier sur l'adéquation des sanctions. Dans le silence de la loi sur la nature du recours devant le Conseil d'État, la jurisprudence du juge administratif aurait plaidé en faveur d'un recours pour excès de pouvoir tandis que celle du Conseil constitutionnel semblait militer en faveur d'un recours de plein contentieux. C'est la première solution qui prévalut sur ce point, la confusion de la motivation du juge constitutionnel aidant. En revanche, la jurisprudence du Conseil constitutionnel était claire sur la nécessité d'un contrôle de proportionnalité, et c'est sur ce fondement que la commissaire plaida, avec succès, pour l'élévation du contrôle.

1329. Le recours pour excès de pouvoir, lorsque celui-ci comprend un plein contrôle de proportionnalité de la sanction, remplit aussi certaines exigences de l'article 6 : l'examen des questions de fait, de droit, ainsi que l'établissement de la proportionnalité de la mesure. Si l'on s'en tient à ces paramètres, le recours pour excès de pouvoir est tout aussi capable de remplir les exigences de l'article 6 que le recours de plein contentieux. Comme l'affirme René Chapus, « à cet égard, le recours pour excès de pouvoir est tout aussi adéquat, s'il débouche, non sur un « contrôle restreint », mais sur le contrôle normal, et notamment sur ce qu'on doit appeler le plein contrôle de proportionnalité »³⁶⁴⁷.

³⁶⁴⁶ V. Mattias Guyomar, « Les sanctions infligées par une autorité administrative Commission nationale des experts en automobiles. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 22 juin 2007, M. Patrick Arfi », RFDA 2007 p. 1199.

³⁶⁴⁷ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 240. V. aussi R. Abraham, « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », RFDA 1990 p. 1053 ; *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, E.D.C.E., 1994, p. 64 ; *contra* D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 220, 2002, spéc. n° 257 : « Il y a bien une différence essentielle entre le recours pour excès de pouvoir et celui de pleine juridiction quant au degré d'approfondissement du contrôle de légalité pouvant découler de leur exercice. Alors que dans le premier cas, le juge ne statue que par rapport à la décision qui lui est soumise, indépendamment de toute autre perspective, dans le second, il peut inclure dans son appréciation tous les choix envisageables par l'autorité administrative dans la limite de ses compétences, et ainsi s'affranchir du cadre décisionnel dans lequel il a été saisi. Autrement dit, le juge de l'excès de pouvoir ne fait que pénétrer dans le raisonnement suivi par l'auteur de l'acte, tandis que celui de pleine juridiction peut s'écarter de ce raisonnement en lui substituant le sien propre » (spéc. pp. 265-266) ».

1330. C'est d'ailleurs sur ce point précis que l'Assemblée générale du Conseil d'État avait préconisé, dans un avis du 6 mai 1976³⁶⁴⁸, la mise en place par le législateur d'un recours de pleine juridiction en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, car seul ce recours permettait, à l'époque, le contrôle de proportionnalité exigé par la Convention en matière pénale. En effet, la jurisprudence Lebon n'ouvrait qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en la matière, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir³⁶⁴⁹. Il faut donc certainement comprendre la prédilection du législateur pour le recours de plein contentieux à partir des années quatre-vingts de cette manière : par l'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'examiner la proportionnalité des sanctions, impossibilité auquel l'arrêt Le Cun met fin. Fabrice Melleray, tout en montrant l'avantage que le requérant peut retirer du recours pour excès de pouvoir, lequel permet l'annulation de la sanction alors que le recours de plein contentieux la maintiendra, relève que la solution de l'arrêt Le Cun peut aussi s'expliquer par des considérations affectives et la volonté de sauver le recours pour excès de pouvoir³⁶⁵⁰, ce « monument juridique » qu'encensait Raphaël Alibert³⁶⁵¹.

1331. Mais qu'en est-il du pouvoir de réformation ? C'est sur ce point que la compatibilité du recours pour excès de pouvoir avec la jurisprudence de la Convention achoppe. Seul l'arrêt Malige semble ne pas requérir de pouvoir de réformation³⁶⁵², mais la portée de cet arrêt doit être relativisée, comme nous l'avons montré.

1332. Aussi faut-il douter de la compatibilité du recours pour excès de pouvoir avec l'exigence d'un recours de pleine juridiction au sens de l'article 6, en matière pénale. Avec Franck Moderne, on peut estimer que « si la Cour applique au pied de la lettre la formule reprise par l'arrêt Gradinger, selon laquelle le juge doit disposer du pouvoir de « réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise » (§ 44), on ne voit pas comment le recours pour excès de pouvoir échapperait à la condamnation, même s'il opère un contrôle « normal » [...] nous ne pensons pas, en effet, que malgré la présentation qui en est faite parfois (Rapport du Conseil d'État, préc., p. 64), le recours pour excès de pouvoir avec contrôle de proportionnalité confère plénitude de juridiction au juge de l'annulation dans tous les cas de figure »³⁶⁵³.

³⁶⁴⁸ V. Assemblée générale du Conseil d'État, 6 mai 1976, avis n° 317.341. La mise en place d'un recours de pleine juridiction en matière de concurrence peut aussi se justifier par la volonté de doter les juges des mêmes pouvoirs que la C.J.C.E. dans la même matière : V. B. Clément, « Les nouveautés introduites dans le droit français de la concurrence par la loi du 19 juillet 1977 », Petites Affiches, n° 5 et 6 et ici n° 7 du 16 janvier 1978, spéc. pp. 4-5.

³⁶⁴⁹ Cet avis est cité par B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 De du 17 janvier 1989), préc., spéc. p. 227 ; R. Abraham, « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », préc. ; N. Decoopman, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in Le droit administratif en mutation, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993, spéc. p. 221.

³⁶⁵⁰ V. F. Melleray, Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, préc., pp. 73-76 (V. son commentaire très fourni et engagé de l'arrêt Le Cun).

³⁶⁵¹ V. R. Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, préc., p. 329.

³⁶⁵² C'est d'ailleurs l'arrêt que cite Fabrice Melleray à l'appui de son argumentation tendant à prouver que la Convention n'impose pas le recours de pleine juridiction (Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, préc., spéc. p. 73, note 68).

³⁶⁵³ V. F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA 1997 p. 1.

1333. C'est donc le pouvoir du juge qui requiert l'établissement d'un recours de plein contentieux. Mais ce recours ne se distingue du recours pour excès de pouvoir qu'à ce niveau, c'est la raison pour laquelle René Chapus parle de recours objectif de pleine juridiction. Il s'agit d'un contentieux objectif dans lequel le juge dispose d'un pouvoir de modulation, allant ainsi « au-delà de l'annulation »³⁶⁵⁴.

1334. C'est donc en matière pénale un recours de pleine juridiction qui doit être privilégié. Le recours français de pleine juridiction semble remplir pleinement les conditions du recours tel qu'il est défini dans la jurisprudence européenne³⁶⁵⁵. Toutefois le recours de pleine juridiction doit être pleinement exercé. Ainsi dans l'affaire *Stenuit c. France*³⁶⁵⁶, le Conseil d'État disposait d'un pouvoir de pleine juridiction pour contrôler les décisions, mais ayant déclaré le moyen tiré de la violation de l'article 6 irrecevable au motif que les stipulations de la convention n'étaient applicables qu'aux sanctions pénales prononcées par les juridictions, le juge n'a pas examiné le bien-fondé de l'accusation dirigée contre le requérant, aussi ne disposait-il pas d'une compétence de pleine juridiction³⁶⁵⁷.

1335. La plénitude de juridiction ne dispense donc pas le Conseil d'État d'examiner l'ensemble des motifs soulevé par le requérant.

C'est donc sous la pression du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme que le recours de pleine juridiction est progressivement devenu le recours de droit commun en matière de sanction administrative.

³⁶⁵⁴ V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 240.

³⁶⁵⁵ C.E.D.H., 2^e sect., 27 août 2002, *Didier c. France*, n° 58188/00 (La Semaine Juridique Édition Générale n° 46, 12 novembre 2003, II 10177, note G. Gonzalez) : « La Cour relève que l'article 8 du décret n° 96-872 du 3 octobre 1996 relatif aux formations disciplinaires du CMF prévoit un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État. La Cour en tire la conséquence que l'article 2 du Protocole n° 7 n'a pas davantage été violé que l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour considère en effet que, quelle que soit la qualification qui lui est donnée en droit interne, le Conseil des marchés financiers, selon les critères de sa jurisprudence et la notion autonome qu'elle a d'un "tribunal" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, doit être regardé comme un "tribunal" au sens de ces dispositions (voir, par exemple, l'arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, série A n° 84, § 36). Elle observe en outre qu'un "tribunal" au sens de l'article 6 l'est également au sens de l'article 2 du Protocole n° 7 (décision *Hauser c. Autriche* du 16 janvier 1996, D.R. 84, p. 164). La Cour note enfin que le contrôle exercé par le Conseil d'État sur les décisions du CMF est un contrôle de pleine juridiction, si bien qu'en se livrant à ce contrôle le Conseil d'État est lui aussi un "organe judiciaire de pleine juridiction", c'est-à-dire un "tribunal" (voir a contrario l'arrêt *Diennet c. France* du 26 septembre 1995, série A n° 325-A, § 34). Dans ces conditions, la Cour estime que le requérant a eu droit à un double degré de juridiction en matière pénale, conformément aux stipulations du premier alinéa de l'article 2 du Protocole n° 7. Il s'ensuit que ce grief doit également être rejeté comme manifestement mal fondé, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention ».

³⁶⁵⁶ V. Commission E.D.H., 30 mai 1991, *Société Stenuit c. France*, n° 11598/85.

³⁶⁵⁷ V. Commission E.D.H., 30 mai 1991, *Société Stenuit c. France*, n° 11598/85, § 72. La Cour juge ainsi que : « Bien qu'il apparaisse que le contrôle du Conseil d'État sur les sanctions pécuniaires infligées conformément à la loi du 19 juillet 1977 eût pu être un contrôle de pleine juridiction selon le droit national, la Commission constate que dans le cas d'espèce, le Conseil d'État n'a pas procédé à un examen du recours introduit par la requérante pour les motifs exposés ci-avant. De ce fait, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de l'accusation dirigée contre la requérante. Il apparaît donc que celle-ci n'a jamais bénéficié, en définitive, d'un examen de sa cause par un "tribunal" doté de la plénitude de juridiction qui aurait statué sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale dirigée contre elle (...). En effet, le Conseil d'État qui avait la plénitude de juridiction, s'est abstenu d'examiner le bien-fondé de l'accusation portée contre la requérante ».

1336. Le choix de privilégier le recours de pleine juridiction est d'abord venu du législateur. Ce choix, on l'a vu, était certainement motivé par l'absence de contrôle de proportionnalité de la sanction dans la jurisprudence classique du Conseil d'État, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Le législateur aurait pour la première fois manifesté ce choix dans la loi du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante. Il a par la suite confirmé ce choix, donnant ainsi des craintes quant à une possible — nouvelle — éclipse du recours pour excès de pouvoir³⁶⁵⁸.

1337. Après le législateur, c'est le Conseil d'État qui viendra définitivement consacrer le recours de plein contentieux comme recours de droit commun en matière de sanction administrative. L'arrêt Société Atom pose un principe général. D'abord, le Conseil d'État pose un principe et considère « qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'administration inflige à un administré, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration ». Appliquant ce principe à l'espèce qui lui était soumise, le Conseil juge que « par suite, compte tenu des pouvoirs dont il dispose ainsi pour contrôler une sanction de cette nature, le juge se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux »³⁶⁵⁹.

1338. Le commissaire Claire Legras invitait le Conseil d'État à consacrer l'application du recours de pleine juridiction à l'ensemble des « sanctions administratives pour lesquelles le

³⁶⁵⁸ C'est l'avis de Maryvonne de Saint Pulgent (Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques, préc.) et de René Chapus (Droit du contentieux administratif, préc., p. 237). Le législateur a confirmé ce choix concernant les sanctions du C.S.A., de l'A.M.F., de la C.C.A.M.I.P., de la C.R.E., de l'A.R.C.E.P., de la C.N.I.L., etc.. V. la liste dans R. Chapus, Droit du contentieux administratif, préc. p. 237. V. C. Mamontoff, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », préc. ; C. Ferrari-Breur, « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration », RFDA 2001 p. 33 ; M. Bernard, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », AJDA 1995 p. 190 ; V. Haïm, Recours de pleine juridiction, Répertoire de contentieux administratif, 2011, n° 32 ; P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », Petites affiches, 17 septembre 2001 n° 185, p. 18, n° 22 ; B. Pacteau, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », La Revue administrative, vol. 52, n° 1, n° spécial : « Évolutions et révolution du contentieux administratif » (1999), pp. 51-68. Pourtant Antoine Claeys a bien montré comment ce recours a évolué pour s'adapter tant au niveau de son efficacité que de son effectivité à l'exigence contemporaine de « protection juridictionnelle de l'administré » (L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2005).

³⁶⁵⁹ V. Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000 : S.-J. Liéber, D. Botteghi, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », AJDA 2009 p. 583 ; RFDA 2009 p. 259, concl. C. Legras ; Revue juridique de l'économie publique n° 665, juin 2009, comm. 30, note F. Melleray ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 20, 13 mai 2009, II 10087, note K. Grabarczyk. Sur le basculement du contentieux du retrait du permis à point dans la pleine juridiction : D. Bailleul, « Le contentieux du retrait du permis à points, contentieux de pleine juridiction », Droit Administratif n° 10, Octobre 2010, comm. 133 (CE, avis, 9 juill. 2010, n° 336556, Bertaux : JurisData n° 2010-011152). En revanche, le contentieux de la révocation des maires reste de l'excès de pouvoir, mais le juge exerce un contrôle normal : Conseil d'État, 22 mars 2010, Dalongeville, n° 328843 ; C.-A. Dubreuil, « Le contrôle juridictionnel de la révocation des maires », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 20 septembre 2010, 2281. V. pour l'évolution du contrôle du Conseil d'État sur les décisions du C.S.A. dans le sens d'un approfondissement : A. Ba, « Le contrôle du juge administratif sur les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel », Revue administrative, 2005, n° 345, pp. 284-290, spéc. p. 288. V. S. Etoa, « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », A.J.D.A., 2012, pp. 358-365.

principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce trouve à s'appliquer ». On peut trouver heureux que le Conseil d'État ait sur ce point donné une portée plus large et plus précise à sa solution en jugeant que le recours de pleine juridiction devait être ouvert contre toute sanction que l'Administration inflige à un administré. C'est donc la nature de la mesure ainsi que la relation de l'Administration avec la personne sanctionnée qui permettent de déterminer le champ d'application de cette jurisprudence. L'utilisation du terme administré semble ainsi exclure clairement les fonctionnaires. Claire Legras y incluait aussi les professionnels.

1339. Le droit commun des sanctions administratives semble donc évoluer résolument vers le plein contentieux³⁶⁶⁰. Toutefois, cette évolution n'en est pas moins marquée par des hésitations et des incertitudes. L'état du droit est en effet caractérisé par une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur la portée de la notion de pleine juridiction³⁶⁶¹. Notamment en matière fiscale, les deux juges ne se sont pas accordés sur le point de savoir si cette notion impliquait un pouvoir de modulation du juge.

1340. Le Conseil d'État considère ainsi dans l'avis Fattell que la notion de pleine juridiction, en matière pénale, implique que le juge exerce un « plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration », mais ne requiert pas que celui-ci puisse moduler la sanction pour tenir compte de la gravité de la faute commise par le contribuable³⁶⁶². L'absence de pouvoir de modulation du juge est répétée maintes fois par le juge³⁶⁶³. Elle

³⁶⁶⁰ V. Contentieux administratif des sanctions infligées aux demandeurs d'emploi : Conseil d'État, 23 février 2011, n° 332837, mentionné aux tables : « une telle mesure d'exclusion [du revenu de remplacement], qui ne se borne pas à tirer les conséquences de ce que l'intéressé ne satisfait pas aux conditions légales auxquelles le revenu de remplacement est subordonné, revêt, en raison de ses motifs et des effets qui lui sont attachés, le caractère d'une sanction ; que le recours formé contre une telle sanction que l'administration inflige à un administré présente le caractère d'un recours de plein contentieux ». Le raisonnement du Conseil d'État est ici clair, liant nécessairement sanction administrative et recours de pleine juridiction.

³⁶⁶¹ V. J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2009 p. 715.

³⁶⁶² V. Conseil d'État, avis, 8 juillet 1998, Fattell, n° 195664, Recueil Lebon tables p. 849, RJF 8-9/1998, n° 970, p. 637, concl. J. Arrighi de Casanova.

³⁶⁶³ V. Conseil d'État, 8 mars 2002, S.A.R.L. Clinique médicale de Mazargues, Recueil Lebon, p. 87, RJF 6/02 n° 671, BDCF n° 82, concl. G. Goulard : « Le juge de l'impôt, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, décide, dans chaque cas, selon les résultats de ce contrôle, soit de maintenir le taux auquel l'administration s'est arrêtée, soit de lui substituer un taux inférieur parmi ceux prévus par le texte s'il l'estime légalement justifié, soit de ne laisser à la charge du contribuable que les intérêts de retard, s'il estime que ce dernier ne s'est pas abstenu de souscrire une déclaration ou de déposer un acte dans le délai légal. Le juge dispose ainsi d'un pouvoir de pleine juridiction conforme aux stipulations du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui n'impliquent pas que le juge puisse moduler l'application du barème résultant de l'article 1728 du code général des impôts ». V. aussi en matière de sanction pour réprimer l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière, le Conseil d'État réitère l'absence de pouvoir de modulation du juge : Conseil d'État, Sect., 28 juill. 1999, GIE Mumm-Perrier-Jouet, n° 188973, Recueil Lebon p. 257, concl. J.-C. Bonichot (« Considérant que lorsque le juge administratif est, comme en l'espèce, saisi de conclusions dirigées contre un état exécutoire établi sur le fondement des dispositions des articles L 341-7 et R 341-35 du Code du travail, il lui appartient, après avoir contrôlé les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, de décider, selon le résultat de ce contrôle, soit de maintenir le taux retenu, soit de lui substituer celui des deux autres taux qu'il estime légalement justifié, soit, s'il n'est pas établi que l'employeur se serait rendu coupable des faits visés au premier alinéa de l'article L 341-6 du Code du travail, de le décharger de la contribution spéciale ; qu'en revanche, les dispositions précitées ne l'habilitent pas davantage que l'administration elle-même à moduler les taux qu'elles ont fixés ; que le respect des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'implique pas non plus que le juge module l'application du

s'explique par le fait que le législateur, en aménageant des taux différenciés, organise lui-même la modulation³⁶⁶⁴.

1341. Mais, au contraire, dans l'arrêt Ferreira du 29 avril 1997, la Cour de cassation affirme qu'un « recours de pleine juridiction » doit permettre « au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende »³⁶⁶⁵.

1342. L'inconvénient de cette solution, que relève le Conseil d'État, est un risque non négligeable de rupture d'égalité entre les administrés si le juge s'écarte des indications législatives. La solution du Conseil d'État s'explique par le contexte réglementaire des affaires dans lesquelles il est saisi. Juge de plein contentieux, celui-ci ne dispose pas de pouvoirs plus étendus que ceux dont jouit l'Administration³⁶⁶⁶ ; aussi, lorsque le législateur organise lui-même la proportionnalité des sanctions, le juge est tenu, dans l'exercice de son pouvoir de modulation, de respecter les barèmes établis par le législateur. Ce raisonnement semble en effet imparable et on ne voit pas pourquoi le juge judiciaire s'arroge des pouvoirs dont l'Administration elle-même ne dispose pas.

La France a donc choisi, sous la pression du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, de faire évoluer le contrôle des sanctions administratives vers le recours objectif de pleine juridiction. Qu'en est-il à présent de la situation anglaise ?

B — La situation anglaise

Quelle est la position de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la compatibilité du *judicial review* avec les exigences de l'article 6 ? (1) Quelle est ensuite celle des juges anglais ? (2) ?

barème résultant des dispositions précitées ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le montant de la contribution spéciale mise à la charge du groupement requérant sur la base de 500 fois le taux horaire du minimum garanti ne serait pas proportionné à la gravité des infractions commises, ne saurait être accueilli ». V. Conseil d'État, 24 mars 2006, n° 257330, SA Martell & Co, La Semaine Juridique Édition Générale n° 50, 12 décembre 2007, II 10206, note B. Belda ; Conseil d'État, 30 novembre 2007, Société Sideme, n° 292705 ; Dr. fisc. 2008, n° 7, comm. 184, concl. L. Olléon ; E. Van Brustem, « L'article 6, § 1er de la CESDH et le contentieux fiscal : une exclusion fondée sur une spécificité (de plus en plus) discutable », Dr. fisc., 2008, n° 46, ét. 956. Conseil d'État, 27 juin 2008, M. Melki, n° 301342, Recueil Lebon p. 248, concl. L. Olléon, Droit fiscal 2008, p. 501. V. E. Glaser, « Prise illégale d'intérêts, inéligibilité et démission d'office Conclusions sur Conseil d'État, Section, 1er juillet 2005, Ousty et Gravier », RFDA, 2006, p. 258 ; Pierre Collin, « Renvoi au Conseil constitutionnel de la question de l'impossibilité pour le juge de l'impôt de moduler le taux des pénalités fiscales », Droit fiscal n° 3, 20 janvier 2011, comm. 118.

³⁶⁶⁴ V. concl. de Claire Legras sous Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000, RFDA 2009 p. 259.

³⁶⁶⁵ V. Cour de cassation, com., 29 avril 1997, Ferreira c. DGI : La Semaine Juridique Édition Générale n° 43, 22 octobre 1997, II 22935, note F. Sudre.

³⁶⁶⁶ V. P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », Bulletin Joly Sociétés, 1 juin 1990 n° 6, p. 499, n° 23 : « Si le juge du plein contentieux peut prendre des mesures qui relèveraient normalement de l'administration active, elles ne peuvent aller au-delà de celles que l'autorité administrative contrôlée aurait elle-même pu adopter. Le juge du plein contentieux peut annuler, réformer la décision attaquée, et lui substituer celle qui lui paraît convenable, mais ce ne peut être que dans les limites des pouvoirs de l'autorité dont la décision est contestée ». V. D. Bailleul, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, préc., p. 272, n° 262.

La Cour européenne s'est prononcée sur plusieurs points du recours en *judicial review*.

1343. Concernant l'examen du contrôle de proportionnalité, elle a tout d'abord affirmé que le test de l'irrationalité ne pouvait permettre de remplir cette exigence. Dans l'affaire *Smith et Grady*, était en cause l'article 13 de la Convention qui confère à tout justiciable le droit à un recours effectif lorsqu'un droit reconnu par ce texte est violé. Il s'agissait du droit au respect de la vie privée. Or, les tribunaux internes, saisis du recours, n'ont pu — étant donné la date du contentieux — examiner la décision administrative que sous l'angle de l'irrationalité, seul moyen invocable, lors d'un recours en *judicial review*, pour contester le fond d'une décision administrative. Thomas Bingham explicita, à cette occasion, le test à appliquer : un tribunal ne peut intervenir pour annuler une décision administrative sur le fondement de l'irrationalité que s'il est convaincu que la décision contestée n'était pas une décision qu'un administrateur raisonnable aurait pu prendre. La Cour européenne souligne à cet égard que « le seuil d'irrationalité qu'un justiciable devait franchir était élevé », ce que confirment les décisions de la High Court et de la Cour d'appel dans lesquelles les juges, tout en émettant des « commentaires favorables sur les moyens des requérants contestant les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier la politique », n'ont pu que conclure que les décisions entraient « dans la gamme de réactions qui s'offrait à un administrateur raisonnable et, en conséquence, qu'on ne pouvait la tenir pour « irrationnelle » ».

1344. La Cour conclut donc que le seuil de l'irrationalité, lorsqu'est en jeu la violation d'un droit « était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis — sécurité nationale et ordre public —, principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention »³⁶⁶⁷. On peut d'ailleurs trouver des affirmations semblables sous la plume de juges de la Chambre des Lords³⁶⁶⁸.

1345. Concernant cette fois le moyen tiré, devant la Cour européenne, de ce que la procédure de *judicial review* ne permet pas de connaître des points de fait, cette Cour conclut, dans l'affaire *Bryan*, qui mettait en cause des droits et obligations de caractère civil, que la procédure en question n'était pas contraire à l'article 6. Mais elle arrive à cette solution par un raisonnement qui ne permet pas de conférer à cette solution une portée générale. En effet deux facteurs peuvent expliquer la solution : le domaine considéré — l'urbanisme — et l'absence de contestation des éléments de fait par le requérant dans la procédure devant la High Court. L'ensemble des garanties, tant devant l'Administration qu'au niveau du recours, ainsi que le domaine considéré, permet de conclure à la compatibilité du recours³⁶⁶⁹. Mais cette solution a

³⁶⁶⁷ V. C.E.D.H., 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et 33986/96, spéc. §§ 137-138.

³⁶⁶⁸ V. *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532. Dans cette décision Lord Cooke affirme : « And I think that the day will come when it will be more widely recognized that *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp* [1948] 1 KB 223 was an unfortunately retrogressive decision in English administrative law, in so far as it suggested that there are degrees of unreasonableness and that only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation. The depth of judicial review and the deference due to administrative discretion vary with the subject matter. It may well be, however, that the law can never be satisfied in any administrative field merely by a finding that the decision under review is not capricious or absurd ».

³⁶⁶⁹ V. C.E.D.H., 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, série A n^o 335-A, préc..

une portée plus que limitée. Comme le remarquent Carol Harlow et Richard Rawlings, cette décision ne permet pas de clarifier la situation du *judicial review*, quant à sa compatibilité avec l'article 6 et ses qualités, disent-ils, « médicinales »³⁶⁷⁰.

1346. Dans l'affaire *Kingsley*, portant elle aussi, sur le volet civil de l'article 6, la Cour européenne réutilise les critères d'évaluation posés dans l'arrêt *Bryan*, à savoir « l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appel, tant souhaités que réels »³⁶⁷¹. La Cour établit clairement une analogie avec l'espèce *Bryan*, mais parvient à une conclusion différente quant à la compatibilité du *judicial review*, mais en raison de l'application d'une doctrine particulière. C'est en effet ici la doctrine de la nécessité qui est en question. D'après cette doctrine, lorsque la loi a conféré le pouvoir de prendre une décision à une seule personne, personne d'autre ne pouvant prendre cette décision, la décision ne peut être annulée, même si un défaut d'impartialité est mis à jour, car la personne compétente ne peut se récuser³⁶⁷². Aussi, la Cour d'appel, tout en relevant qu'effectivement un risque de partialité pouvait être soupçonné, conclut que cette doctrine empêchait toute remise en cause de la décision. Or, la notion de pleine juridiction implique que la juridiction saisie d'un recours puisse contrôler la décision et l'ensemble des moyens soulevés contre elle, mais qu'en outre celle-ci puisse annuler la décision, et l'affaire être rejugée par une instance impartiale. Dans le cas présent, la juridiction ne pouvait annuler la décision et renvoyer l'affaire devant l'instance compétente si bien que la High Court et la Court of Appeal n'étaient pas dotées d'une compétence de pleine juridiction³⁶⁷³.

1347. On comprend qu'ici ce n'est pas le *judicial review* en soi qui est en défaut, mais les particularités de ce recours lorsque la doctrine de la nécessité doit s'appliquer, laquelle prive le requérant d'un recours efficace.

1348. Enfin, dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, le précédent *Bryan* fut encore invoqué pour contrôler la compatibilité du *judicial review*. Il s'agissait du contrôle juridictionnel d'une décision du Secrétaire d'État refusant la nomination d'une personne au poste de dirigeant d'une société d'assurance³⁶⁷⁴. Ici encore, la Commission adopte une approche concrète et constate que le juge a répondu à l'ensemble des moyens invoqués par le requérant, si bien que

³⁶⁷⁰ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., pp. 660 suiv., spéc. p. 661.

³⁶⁷¹ V. C.E.D.H., 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, spéc. § 45 ; C.E.D.H., 3^e sect., 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, n° 35605/97, §§ 52-53 (arrêt confirmé ensuite en grande chambre, C.E.D.H., 28 mai 2002) ; C.E.D.H., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, spéc. § 124 : « La Cour rappelle avoir déclaré dans l'arrêt *Bryan* (précité, pp. 14-18, §§ 34-47) que, dans le domaine spécialisé de la législation sur l'urbanisme, l'article 6 de la Convention n'exige pas nécessairement un réexamen complet des faits. En l'espèce, elle juge que la portée du contrôle auquel procède la High Court, dont la requérante pouvait se prévaloir après une procédure publique menée par un inspecteur, est suffisante aux fins de l'article 6 § 1. En effet, elle permet de contester une décision au motif que celle-ci était arbitraire ou irrationnelle, n'était étayée par aucune preuve ou se fondait sur des éléments étrangers à l'affaire ou encore négligeait des facteurs pertinents. Cette procédure peut être considérée comme offrant un contrôle juridictionnel adéquat des décisions administratives en cause ».

³⁶⁷² V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 392-394 ; P. Craig, *Administrative Law*, préc., n° 13-009 ; Halsbury's *Laws of England*, *Judicial Review*, vol. 61, n° 636, « Necessity and statutory authority » ; V. *Dimes v Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852) 3 HL Cas 759.

³⁶⁷³ V. C.E.D.H., 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, n° 35605/97, spéc. §§ 57-58 (confirmé en grande chambre le 28 mai 2002, § 34).

³⁶⁷⁴ V. Commission E.D.H., 19 janvier 1998, *X. c. Royaume-Uni*, n° 28530/95 (requête déclarée irrecevable) ; Commission E.D.H., 9 décembre 1997, *Marta Stefan c. Royaume-Uni*, n° 29419/95 (requête déclarée irrecevable).

la procédure, dans l'ensemble, respecte les canons du procès équitable. On retrouve le même raisonnement dans la décision *Iskcon*, où n'était pas en cause le *judicial review* en tant que tel, mais une procédure organisée par le législateur, par laquelle le recours contre les décisions d'urbanisme est caractérisé comme un recours « sur les points de droit ». Le législateur, dans ce cas, exclut donc clairement l'examen par le juge des questions de fait — et Paul Craig rappelle d'ailleurs que les juges traitent de manière similaire ce type de recours spécial et le *judicial review*³⁶⁷⁵. L'examen pragmatique conduit la Commission à constater que le juge anglais a examiné chaque moyen sans jamais décliner sa compétence, qu'il aurait pu annuler la décision si les faits n'avaient manifestement pas été appuyés de preuves tangibles, sur le fondement de l'irrationalité, au sens de l'arrêt *Wednesbury*. Ici, le standard *Wednesbury* n'est pas jugé trop élevé. La décision de la Commission conclut que l'article 6 de la Convention n'a pas pour effet de conférer aux justiciables, dans tous les cas, un droit au recours comprenant un pouvoir de réformation. Mais les tribunaux ne doivent pas décliner leurs compétences et doivent répondre à l'ensemble des moyens soulevés devant eux³⁶⁷⁶.

1349. La décision *Tsfayo* arrive à une conclusion différente³⁶⁷⁷. Partant d'une analyse concrète des faits et de la procédure, la Cour européenne distingue la décision *Bryan* de cette affaire. Dans la décision *Bryan*, la prise de décision requérait de l'autorité administrative une certaine expérience et une expertise professionnelle dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire afin d'accomplir les buts politiques poursuivis par la législation. Dans cette affaire en revanche, la requérante bénéficiait d'une aide publique pour le paiement de ses loyers, aide soumise au respect d'une procédure par laquelle elle devait faire une demande régulièrement pour obtenir le bénéfice de cette aide. Si la personne formulant la demande a du retard, celle-ci doit justifier de ce retard et le bénéfice ne lui est acquis que si elle parvient à démontrer qu'elle avait une « bonne raison ». Par conséquent, la Cour européenne estime qu'ici, une simple question de fait est posée : la requérante dispose-t-elle d'une « bonne raison » justifiant son retard ? La Cour considère au surplus qu'aucune expérience particulière ou spécialisation n'est nécessaire pour établir ce point.

1350. La Cour européenne établit une seconde distinction avec l'espèce *Bryan*, tenant aux caractéristiques de l'organe. Dans l'affaire *Tsfayo*, l'autorité de décision n'était pas indépendante, au contraire elle était complètement liée à l'autorité municipale, en charge d'attribuer les fonds. Aussi, la procédure devant l'autorité administrative était-elle moins protectrice que celle en vigueur dans l'affaire *Bryan*. Dans ce cas, le *judicial review*, qui ne fournit pas la possibilité de revoir les faits ou de substituer son jugement quant à la crédibilité

³⁶⁷⁵ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., n° 15-006. Commentant l'arrêt *E v Secretary of State for the Home Department*, Paul Craig ajoute : « *Carnawth L. J. considered the relationship between appeals on law and judicial review*. He proceeded on the assumption that there should be no material difference as to whether the case reached the Court of Appeal as an application for judicial review or an appeal on a point of law. There had been a general assimilation of the various forms of review, statutory and common law, such that "it has become a generally safe working rule that the substantive grounds for intervention are identical" (paras 42 and 60). The main practical dividing line was therefore between instances where appeal or review was accorded on fact and law, and those where it was confined to law ». On voit donc que les juges établissent une équivalence dans le traitement de l'erreur de fait, entre le *judicial review* et l'appel sur des points de droit.

³⁶⁷⁶ V. Commission E.D.H., 8 mars 1994, *ISKCON c. Royaume-Uni*, n° 20490/92. *A contrario*, lorsque la juridiction de recours dispose, en matière d'expropriation d'une compétence de pleine juridiction, la procédure est validée par la Cour européenne (C.E.D.H., 16 juillet 1987, *Howard c. Royaume-Uni*, n° 10825/84).

³⁶⁷⁷ V. C.E.D.H., 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Royaume-Uni*, n° 60860/00, §§ 46-48. V. J. Howell, « *Alconbury Crumbles* », 12 *Jud. Rev.* 9 (2007). V. C. F. Forsyth, « *Administrative decision-makers and compliance with Article 6(1): the limits of the curative principle* », *Cambridge Law Journal*, 2007, 66(3), pp. 487-490 ; J. Maurici, S. Blackmore, « *Focus on Article 6* », *Judicial Review*, 2007, p. 56 suiv., n° 14.

de la requérante ne permet pas de remédier aux déficiences de la procédure devant l'Administration³⁶⁷⁸.

1351. Il est donc possible de conclure qu'en matière civile les paramètres pris en compte sont de deux types : d'abord le contexte de l'affaire et l'expertise particulière demandée à l'Administration ; ensuite, les caractères de la procédure devant l'Administration. Les carences du *judicial review* quant à l'examen des faits ne peuvent être acceptées que lorsqu'une décision requiert une expertise particulière et que l'instance devant l'Administration présente un minimum de garanties. À ce prix, l'approche pragmatique et surtout globale de la Cour permet au *judicial review* d'être compatible avec l'exigence de pleine juridiction.

1352. De surcroît, si le *judicial review* n'est pas condamné c'est aussi à la condition que les juges anglais ne refusent pas de connaître d'un moyen soulevé par le requérant. Le domaine de ces affaires, l'urbanisme, doit aussi être pris en compte, si bien que toute généralisation sur la compatibilité du *judicial review* avec l'exigence de la pleine juridiction que pose l'article 6, doit être évitée.

Comment les juges anglais interprètent-ils, à présent, l'exigence de pleine juridiction³⁶⁷⁹ ?

2 — *Les juges anglais et la compatibilité du judicial review avec les exigences de la Convention*

1353. Dans la décision *Alconbury*³⁶⁸⁰, les juges introduisent dans la notion européenne de pleine juridiction une nouvelle distinction : lorsque la décision en cause porte sur une question de politique administrative, l'instance de recours ne doit pas, dans tous les cas, posséder la compétence pour décider à nouveau le fond de l'affaire, car, conférer un tel pouvoir au juge serait profondément antidémocratique. Dans un domaine de nature politique, le Parlement a conféré le pouvoir de prendre cette décision à un ministre, responsable devant cette assemblée et, en dernière instance, devant les électeurs ; les juges ne peuvent donc que se limiter au recours en *judicial review*, suffisant pour respecter les conditions de l'article 6³⁶⁸¹. Mais ici il s'agissait encore d'une décision impliquant des droits et obligations de caractère civil et une décision d'urbanisme si bien que le fondement démocratique, rajouté par les juges, semble inutile. Lord Hoffmann place résolument la solution *Alconbury* dans un cadre constitutionnel,

³⁶⁷⁸ V. C.E.D.H., 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Royaume-Uni*, préc., § 48 : « it did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's credibility. Thus, in this case, there was never the possibility that the central issue would be determined by a tribunal that was independent of one of the parties to the dispute ».

³⁶⁷⁹ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 378-379 ; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., pp. 660-666 ; P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 428-435 ; R. Clayton, V. Sachdeva, « The role of Judicial Review in Curing Breaches of Article 6 », 2003 *Judicial Review* 90 ; P. Craig, « The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights », *Public Law*, 2003, pp. 753-773.

³⁶⁸⁰ V. Regina (*Alconbury Developments Ltd and Others*) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2003] 2 A.C. 295.

³⁶⁸¹ V. Regina (*Alconbury Developments Ltd and Others*) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions : « when the decision at issue was one of administrative policy the reviewing body was not required to have full power to redetermine the merits of the decision and any review by a court of the merits of such a policy decision taken by a minister answerable to Parliament and ultimately to the electorate would be profoundly undemocratic; that the power of the High Court in judicial review proceedings to review the legality of the decision and the procedures followed was sufficient to ensure compatibility with article 6(1); and that, accordingly, the impugned powers of the Secretary of State were not incompatible with article 6(1) ».

donnant comme titre à une partie de son argumentation « La démocratie et l'État de droit », où se mêle la distinction classique entre le droit — du ressort des juges — et la politique — du seul ressort des ministres et du Parlement, les premiers étant responsables devant le second. Malgré ce fondement, qui rajoute, inutilement à notre sens une strate de raisonnement à la jurisprudence de la Cour européenne, Lord Hoffmann donne une portée correcte en jugeant que la notion de pleine juridiction au sens de la Cour européenne implique une « pleine juridiction pour traiter l'affaire en cause, en fonction de ce que requiert la nature de la décision »³⁶⁸².

1354. Mais en réalité la décision *Alconbury*, en établissant une distinction entre l'application d'une politique et l'établissement de faits, déplace le débat sur le caractère adéquat du *judicial review* puisqu'elle établit que, dans le cas où une politique est en jeu, le tribunal de première instance n'a pas à être indépendant.

1355. La décision *Begum*³⁶⁸³ est venue apporter une nouvelle distinction : Lord Hoffmann, ici, s'agissant du droit à un logement social, juge qu'il faut clairement distinguer les cas, d'une part, où des questions de droits civils ou de répression sont en jeu, lesquelles exigent le respect d'une procédure équitable qui ne peut céder devant des conditions utilitaires et, d'autre part, l'attribution par l'État de bénéfices sociaux, laquelle peut ne pas être par trop juridictionnalisée. Les juges considèrent néanmoins que l'ensemble des garanties offertes devant l'Administration ajoutée à celle du *judicial review* rendent l'ensemble de la procédure équitable.

1356. Suivant ces précédents, les juges ont eu à traiter de ce problème dans de nombreux cas, impliquant presque tous le volet civil de l'article 6 : l'urbanisme³⁶⁸⁴, le logement social³⁶⁸⁵, l'assistance publique³⁶⁸⁶.

³⁶⁸² V. *Regina (Alconbury Developments Ltd and Others) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, spéc. § 87 : « It means full jurisdiction to deal with the case as the nature of the decision requires ».

³⁶⁸³ V. *Runa Begum v Tower Hamlets London Borough Council (First Secretary of State intervening)* [2003] 2 A.C. 430.

³⁶⁸⁴ V. *R. (on the application of Friends Provident Life Office) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] EWHC Admin 820. La solution de cet arrêt est assez ambiguë puisque les juges considèrent que le respect de l'article 6 était assuré par l'addition des garanties de l'instance administrative et de celle du *judicial review* ; toutefois, dans certains cas, des garanties supplémentaires devant l'autorité administrative peuvent être requises (l'engagement d'une enquête publique par un inspecteur indépendant) : « that where an administrative decision depended on the decision-maker making a judgment as to the progress or outcome of some future event, or when the decision was based on purely policy grounds, a combination of the initial decision-making process and the High Court's power of review was sufficient to ensure compliance with article 6; that, where, however, an administrative decision depended on a finding as to some present or future fact, the safeguards of a public inquiry before an independent inspector might well be needed in addition, although there was no absolute rule of law to that effect, and each case had to be judged on its own facts when deciding whether the High Court's power of review was sufficient ». Dans le même sens : *R. (on the application of Adlard) v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* [2002] EWCA Civ 735 (« The remedy of judicial review was available and sufficient to counteract any individual injustice »). *R. (on the application of Kathro) v Rhondda Cynon Taff CBC* [2001] EWHC Admin 527. Dans cette décision le juge concède d'abord que, dans des affaires impliquant des questions litigieuses de fait, la décision d'une autorité locale en matière d'urbanisme, qui ne peut être considérée comme un tribunal indépendant et impartial, ne subit pas un contrôle suffisant par les tribunaux pour assurer une compatibilité satisfaisante avec l'article 6. Mais le juge conclut, au vu des moyens soulevés par le requérant que la compatibilité du *judicial review* doit être établie au cas par cas, en fonction des moyens soulevés.

³⁶⁸⁵ Le logement social est organisé par les municipalités en droit anglais, si bien que les locataires de ces logements sont liées par des relations contractuelles de droit privé à la municipalité. Néanmoins, l'entrée en

1357. Globalement, et malgré le fait que le recours en *judicial review* « ne comprend pas un contrôle du fond de la décision et n'implique qu'un contrôle limité des erreurs de fait »³⁶⁸⁷, les tribunaux anglais considèrent que le *judicial review* est suffisant pour corriger les éventuels défauts d'une première instance devant une autorité administrative ne satisfaisant pas en tout point aux conditions de l'article 6.

1358. On retrouve ici la réticence des juges anglais à interférer avec la procédure administrative en prononçant une censure. Toutefois, la décision *Tsfayo* pourrait modifier l'attitude des juges anglais, comme le prédit Paul Craig³⁶⁸⁸. Ainsi, dans une décision *Wright*, le juge établit que plus la violation de l'article 6 devant l'Administration sera importante plus il sera difficile au *judicial review* de la réparer³⁶⁸⁹.

1359. En conclusion, la position du droit concernant la compatibilité du *judicial review* avec l'exigence du recours de pleine juridiction qu'impose l'article 6 est loin d'être tout à fait claire, en matière civile. Deux paramètres sont à prendre en compte pour la Cour européenne (la nature de la violation et la nature des pouvoirs de l'Administration dans le domaine concerné). Les juges anglais ont établi avec les arrêts *Alconbury* et *Begum* de nouveaux critères qui ont, à chaque fois, permis de sauver la procédure en première instance et le *judicial review*.

Il ne fait en revanche aucun doute qu'en matière pénale, le niveau de contrôle du *judicial review*, sur les faits, est insuffisant, ce qui explique d'ailleurs, dans les secteurs régulés, la mise en place de procédure de recours de pleine juridiction.

Conclusion de la Section 2

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a eu des conséquences profondes sur le contrôle de la fonction contentieuse de l'Administration dans les deux pays ; mais peut-être pas là et de la manière dont on les attendrait.

Il est d'abord notable que les recours de droit commun ouverts contre les décisions administratives en France et au Royaume-Uni manifestent certaines ressemblances. Malgré les pouvoirs plus forts du juge anglais — que son homologue français rejoint aujourd'hui —, les deux recours ont un fort caractère objectif. Le *judicial review*, dans le discours des juges, met plus l'accent sur le problème du respect de la compétence, là où la France pense plutôt en termes de hiérarchie des normes, mais, en dépit de cela, la question qui se pose au juge est souvent la même : celle du respect de la légalité. Aussi, le prétoire des juges de la légalité

vigueur du Human Rights Act a entraîné une modification de relations juridiques entre propriétaire public et locataire. Dans une affaire un locataire contestait la procédure d'éviction dont il était l'objet, arguant du fait que l'autorité publique n'avait pas respecté l'article 6. Les juges ont pu considérer qu'alors même que la procédure devant cette autorité ne satisfaisait pas au standard du tribunal indépendant et impartial, l'existence du *judicial review* venait adéquatement remédier ces déficiences (*R. (on the application of McLellan) v Bracknell Forest BC* [2001] EWCA Civ 1510). Ici aussi, les juges manifestent un grand pragmatisme. Mais, dans une autre décision, *Moses J.* affirme nettement que le contrôle limité des faits en *judicial review* ne peut être acceptable (au regard des exigences de l'article 6) que s'il y a suffisamment de garanties en place pour assurer l'indépendance de l'instance et l'équité de la procédure (*R. (on the application of Bewry) v Norwich City Council* [2002] H.R.L.R. 2).

³⁶⁸⁶ *V. R. (on the application of Beeson) v Dorset CC* [2002] EWCA Civ 1812.

³⁶⁸⁷ *V. De Smith's Judicial Review*, 6th ed., préc., p. 460, n° 8-030.

³⁶⁸⁸ *V. P. Craig, Administrative Law*, préc., p. 414, n° 13-019.

³⁶⁸⁹ *V. Regina (Wright) v Secretary of State for Health and another* [2008] Q.B. 422, spéc. § 105.

anglais et français est-il largement ouvert, et ce même lorsque le législateur tente d'en refermer l'accès.

Toutefois, les moyens invocables devant le juge à l'appui de conclusions en annulation ou en réformation sont différents. Alors que le contrôle de la légalité stricte ne pose pas de difficulté, le contrôle des faits est encore rudimentaire au Royaume-Uni. Le contrôle des faits en *judicial review* ne peut être abordé comme un moyen autonome ; il ne peut être abordé que sous le fondement de l'irrationalité ou de l'iniquité. C'est un moyen traditionnel en France. Quant au contrôle de proportionnalité, il est intégré en France en matière de sanction depuis le début des années 1990 ; ce n'est toujours pas un moyen invocable en tant que tel devant le juge anglais. Le contrôle de toute décision administrative qui laisse à l'Administration un fort pouvoir discrétionnaire sera opéré sous l'angle de l'irrationalité qui semble être un test plus élevé que l'erreur manifeste d'appréciation malgré l'analogie qu'établit Pierre-Laurent Frier. Mais irrationalité et erreur manifeste sont deux tests extrêmement souples qui peuvent inclure parfois une dose de proportionnalité ou plutôt qui permettront de sanctionner les mesures disproportionnées.

Ces similitudes et ces dissemblances s'accompagnent de nettes différences dans la compatibilité des recours avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. On ne peut d'ailleurs que s'étonner que les recours internes aient été mis à l'épreuve dans des domaines très différents. C'est davantage le volet civil de l'article 6 qui pose une difficulté en Angleterre ; alors qu'en France, c'est manifestement le volet pénal qui constitue la pomme de discorde.

L'explication semble néanmoins simple. La compatibilité du recours pour excès de pouvoir avec le volet civil de l'article 6 ne pose pas de difficulté, le juge administratif disposant de l'ensemble des outils pour examiner en profondeur toute mesure mettant en cause des droits et obligations de caractère civil. En revanche, le pouvoir de réformation n'était traditionnellement pas ouvert contre les sanctions administratives en dehors d'un texte.

Ici réside une différence essentielle entre les deux juges. Le juge administratif français est maître de son recours et de ses pouvoirs, faisant passer les sanctions administratives, depuis l'arrêt *Le Cun* à l'arrêt *Atom*, de l'excès de pouvoir au plein contentieux objectif ; le juge anglais ne dispose que du *judicial review* qui ne comporte pas de pouvoir de réformation.

Ceci manifeste encore une différence constitutionnelle essentielle entre les deux pays : les juges anglais, pénétrés du principe de séparation des pouvoirs et du principe de compétence, sont attachés au respect de la volonté du législateur. Si le Parlement a confié le pouvoir de prendre une décision à l'Administration, c'est à elle de la prendre et non pas au juge, si bien qu'en l'absence de procédure spéciale organisant un « appel » (soit un recours de pleine juridiction), les juges se refusent à usurper cette fonction.

On voit bien qu'à cet égard la position constitutionnelle du juge administratif lui donne des cartes supplémentaires dans le jeu de la séparation des pouvoirs.

Aussi, l'issue devant la Cour suprême anglaise des recours sur le fondement de l'article 6 est-elle presque déjà jouée. Se refusant à faire évoluer le *judicial review*, il ne pourrait que censurer et annuler, ce qui enverrait aux juridictions inférieures un signal dangereux pour l'avenir de nombreuses décisions en matière de prestations sociales ou d'urbanisme. Le *judicial review* est bien aujourd'hui à la croisée des chemins, mais pas encore « frappé à

mort »³⁶⁹⁰, pour reprendre le vieux mot d'Hauriou concernant le recours pour excès de pouvoir.

Conclusion du Chapitre 1

Les influences externes sur l'exercice du contrôle juridictionnel de la fonction contentieuse des autorités sont donc fortes et surtout doubles.

Le droit de l'Union européenne, source directe de nombre des pouvoirs des autorités sectorielles³⁶⁹¹, confère un droit au recours au fond. Le droit de l'Union européenne ne confère pas explicitement de pouvoir de réformation, mais il exige que l'organe de recours puisse connaître du fond de l'affaire, ce qui implique nécessairement le contrôle des faits. À cet égard, le *judicial review* est clairement insuffisant tandis que le recours pour excès de pouvoir ne semble pas poser de difficulté pourvu que le juge accepte d'opérer un contrôle normal.

Le droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a entraîné de profonds bouleversements dans les recours de droit commun, comme nous l'avons vu plus haut.

Quelles conséquences peut-on tirer de ces développements quant à la fonction contentieuse des autorités sectorielles ?

On peut déjà affirmer que les législateurs internes sont allés au-delà de ce que demandaient le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne en matière de règlement des différends. Le règlement des différends appartient à la matière civile, laquelle ne requiert pas forcément un pouvoir de réformation. Or, c'est bien un tel pouvoir qui est consacré dans les droits internes.

On peut aussi affirmer que le contrôle de la fonction répressive est complètement conforme, semble-t-il, aux canons du droit de l'Union européenne et du droit de la convention européenne puisque dans les deux pays c'est bien un recours en annulation et en réformation ou, au Royaume-Uni, un « appel » qui est mis en place, même si, comme on le verra, la distribution des recours au Royaume-Uni est encore tellement chaotique qu'aucune conclusion générale ne peut être formulée.

Il faut à présent analyser comment le contrôle de légalité est mis en œuvre dans les deux pays. Ici, encore — et malgré les impressions de nouveautés — la tradition va l'emporter.

³⁶⁹⁰ Note sous Conseil d'État, 29 novembre 1912, S. 1914.III.33, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, préc., Tome 2, p. 413 suiv., spéc. pp. 417-418.

³⁶⁹¹ Quant au pouvoir de règlement des différends, il est la source directe des pouvoirs de l'A.R.C.E.P. et de la C.R.E. et de l'A.R.A.F. pour la France, d'Ofcom, Ofgem, Postcom et de l'O.R.R. pour le Royaume-Uni. Concernant le pouvoir de sanction, il est à la source des pouvoirs de l'A.R.C.E.P., de la C.R.E. pour la France, d'Ofcom et Ofgem pour le Royaume-Uni.

CHAPITRE II — LA MISE EN ŒUVRE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

La mise en œuvre du contrôle de légalité en France et au Royaume-Uni manifeste, par la comparaison, deux éléments d'importance d'ailleurs différente : d'une part, l'absence de solution systématique rend le choix des instances de recours très chaotique ; d'autre part, et de manière plus profonde, le choix du modèle de contrôle manifeste, encore, une différence fondamentale entre les deux pays dans la confiance accordée au juge.

Certes, le juge retrouve légèrement son rôle au Royaume-Uni au stade du recours contre les décisions ; certes encore, le juge anglais retrouve définitivement sa place au moment du recours contre la décision de l'instance d'appel ; certes enfin, ce n'est pas le juge normal de l'Administration qui contrôle entièrement la fonction contentieuse des autorités sectorielles en France ; malgré cela, une différence notable qui met en évidence deux traditions de contrôle perdure.

Au Royaume-Uni, malgré l'esprit de nouveauté qui semble entourer la création du Competition Appeal Tribunal, cette création s'inscrit dans une longue tradition administrative qui confie volontiers l'« *appeal* » à des organes spécialisés, composés de professionnels et rarement de juges et même de juristes. La nouveauté est par contre d'en avoir fait une juridiction. En France, par contre, le contrôle appartient en entier aux juges. Il y a bien, il est vrai, des juridictions administratives spécialisées, dont certaines disposent même de compétences d'appel³⁶⁹² ; il existe aussi, dans l'ordre judiciaire, des juridictions composées de professionnels (comme les tribunaux de commerce ou des prud'hommes) ; mais dans tous ces cas, il ne s'agit que de juridictions inférieures. Par contraste avec la situation anglaise, le fait de confier ce contentieux au juge ne heurte pas la conscience juridique française.

Il faudra donc étudier d'abord les choix nationaux en matière de contrôle juridictionnel de la fonction contentieuse des autorités sectorielles (Section 1), avant d'approfondir les modalités des recours (Section 2).

*

Section 1 — Le choix de deux modèles juridictionnels différents

Section 2 — Les modalités du contrôle de légalité

*

³⁶⁹² V. Y. Gaudemet, Appel, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, n° 16 : « Il existe ainsi, dans l'ordre administratif, des juridictions d'appel autres que le Conseil d'État, par exemple les cours régionales des pensions militaires d'invalidité, les commissions régionales de dommages de guerre, la Commission supérieure des soins gratuits, la Commission spéciale de la taxe d'apprentissage, la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels, la chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes, les formations disciplinaires des conseils nationaux des ordres professionnels, le Conseil supérieur de l'éducation nationale, la Commission centrale d'aide sociale ».

Section 1 — *Le choix de deux modèles de contrôle juridictionnel différents*

La mise en évidence de choix nationaux, enracinés dans les cultures juridiques de chaque pays, ne devra pas passer sous silence le chaos des recours dans ces pays. Parler de choix entraînera nécessairement une certaine dose de simplification ; néanmoins, elle permet de rendre compte des lignes de force qui agissent en France et au Royaume-Uni.

En effet, aucune solution systématique ne se dégage dans chaque pays. Le recours devant le Competition Appeal Tribunal est loin d'être la règle et le législateur a pu, dans certains domaines, aménager des recours spéciaux devant le juge ordinaire dont la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme est plus que douteuse, mais qui se traduisent par une absence de recours dans les faits. Malgré ce constat, l'établissement d'une juridiction spéciale s'inscrit dans la tradition britannique tout en manifestant un choix moderne et nouveau pour la juridiction.

De même en France, la règle qui semble simple, selon laquelle les recours contre les décisions de règlement des différends sont du ressort du juge judiciaire tandis que ceux contestant les sanctions administratives ne peuvent être connus que par le juge administratif, se heurte au choix du législateur, dans le domaine audiovisuel, de confier le recours contre les décisions de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel au Conseil d'État.

Chaos donc ! Néanmoins, la comparaison permet de dégager des lignes de force et des préférences qui s'inscrivent dans les traditions des droits administratifs nationaux.

Alors que le Royaume-Uni a tenté, avec le Competition Appeal Tribunal, de mettre en place un nouveau modèle juridictionnel (§1), la France reste davantage fidèle à ses juges (§2).

*

§1 – La création d'un nouveau modèle juridictionnel au Royaume-Uni

§2 – La confiance dans la justice ordinaire en France

*

§ 1 — La création d'un nouveau modèle juridictionnel au Royaume-Uni

Comme le remarque à juste titre Tony Prosser, l'organisation des recours au Royaume-Uni dans les secteurs étudiés est pour le moins chaotique³⁶⁹³. Il faudra donc d'abord, par souci de clarté,

³⁶⁹³ V. T. Prosser, *The Regulatory Enterprise - Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, spéc. p. 191 ; T. Prosser, « The Place of Appeals in Regulation – Continuity and Change », in Centre for the Study of Regulated Industries, *Regulatory Review 2004/2005* (Bath: CRI, 2005), pp. 195–211.

établir la carte des recours contre les décisions des différentes autorités à l'étude (I) ; avant d'analyser la création du Competition Appeal Tribunal, création entre renouveau et modernité (II).

I — Exposé des recours

1360. L'exposé des recours contre les décisions des autorités sectorielles anglaises mettra de côté l'étude du recours contre les décisions de ces mêmes autorités lorsque celles-ci exercent leurs pouvoirs comme autorités de concurrence. Dans tous les cas, ces recours sont du ressort du Competition Appeal Tribunal.

1361. L'existence d'un « *appeal* » contre une décision administrative ne peut avoir qu'une base textuelle dans la loi³⁶⁹⁴. On verra que l'ensemble des secteurs est loin de jouir d'une telle possibilité. Même si un droit d'*appeal* est accordé largement dans les secteurs des communications électroniques et devant une juridiction spécialisée, le recours en *judicial review* reste prédominant, et même contre des décisions qui relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne. De même, le pouvoir de règlement des différends est, dans de nombreux domaines, uniquement susceptible d'être contesté par le *judicial review*. Il n'est pas assuré que l'absence de procédure d'« *appeal* » soit en ce domaine complètement compatible avec les exigences du droit de l'Union européenne³⁶⁹⁵.

1362. Lorsque seul le *judicial review* est disponible, ce recours doit être porté devant la High Court, dont la décision peut ensuite être contestée devant la Court of Appeal, puis devant la Cour suprême, pourvu qu'à chaque fois la juridiction auteur de la décision en donne l'autorisation³⁶⁹⁶. Les décisions du Competition Appeal Tribunal peuvent être contestées, sur des points de droit uniquement, devant la Court of Appeal, un dernier recours étant disponible devant la Cour suprême.

1363. Il faudra donc étudier l'ensemble des pouvoirs de ces autorités et les recours que le législateur ou éventuellement l'autorité elle-même ont établis (parfois en effet ces autorités mettent en place des recours internes). La doctrine n'a pas manqué de critiquer le chaos qui règne dans l'organisation des recours qui mêlent des critères organiques (le choix de la juridiction, le Competition Appeal Tribunal ou le juge de droit commun) et des critères matériels (la nature du recours)³⁶⁹⁷. Les recours devant le Tribunal peuvent ainsi être, suivant

³⁶⁹⁴ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 779. V. *Attorney General v Sillem* (1864) 10 H.L. Cas. 704 : « The creation of a right of appeal is an act which requires legislative authority. Neither the inferior nor the superior tribunal, nor both combined, can create such a right, it being essentially one of the limitation and of the extension of jurisdiction ». V. *The Queen v The Commissioners for Special Purposes of the Income Tax* (1888) L.R. 21 Q.B.D. 313, spéc. p. 319 : « When the legislature are establishing such a tribunal or body with limited jurisdiction, they also have to consider, whatever jurisdiction they give them, whether there shall be any appeal from their decision, for otherwise there will be none ».

³⁶⁹⁵ V. *Competition litigation: UK practice and procedure*, M. Brealey, N. Green (ed.), Oxford University Press, 2010, pp. 566 suiv..

³⁶⁹⁶ V. *Halsbury's Laws of England, Judicial Review* (vol. 61 (2010) 5th Edition), n° 679.

³⁶⁹⁷ V. T. Prosser, *The Regulatory Enterprise*, préc., p. 191 : « Currently the arrangements for appeal from regulatory decisions are a mish-mash, with some appeals on the exercise of concurrent powers lying on the merits to the Competition Appeal Tribunal, appeals against the imposition of financial penalties lie to the High Court on grounds similar to those for judicial review, whilst the Competition Commission itself hears 'appeals' by companies against regulatory proposals to amend their licences and on some decisions of Ofgem in relation to the organization of wholesale markets. In other cases judicial review will be the only applicable remedy » ; T. Prosser, « The Place of Appeals in Regulation – Continuity and Change », in Centre for the Study of Regulated

le choix du législateur des *appeals* comme des recours en *judicial review*. De même, il n'est pas rare que l'*appeal* soit attribué au juge de droit commun.

On verra d'abord les recours existants contre les décisions d'Ofcom (1), puis ceux organisés dans le secteur postal (2), avant d'étudier les cas de l'énergie (3), de l'eau (4) et du secteur ferroviaire (5). Le cas de l'aviation ne sera qu'évoqué, tant les pouvoirs de la Civil Aviation Authority sont limités et le recours simple.

1 — Ofcom

1364. L'établissement des types de recours disponibles contre les décisions d'Ofcom n'est pas chose aisée. Cette structure résulte en effet de la fusion des autorités de l'audiovisuel, de la radio, et des communications électroniques, et maintenant du secteur postal dans cette seule instance. Des recours internes sont parfois aménagés mais finalement le législateur n'a mis en place des recours de pleine juridiction que dans un nombre restreint de cas, limités essentiellement au secteur des communications électroniques.

1365. Dans ce secteur, la loi sur la communication de 2003 établit une procédure de recours devant le Competition Appeal Tribunal pour l'ensemble des décisions d'Ofcom prises dans l'exercice de sa fonction contentieuse, en matière de communications électroniques ; aussi, le règlement des différends ainsi que les mesures répressives ou d'urgence ainsi que les injonctions sont-elles concernées. Il n'est pas impossible que ces aménagements soient amenés à changer. Le gouvernement est en effet en train de consulter les parties prenantes dans le secteur afin de savoir s'il ne serait pas opportun de diminuer l'intensité du recours. Il ne s'agirait donc plus d'un *appeal* mais d'un recours traditionnel en *judicial review* devant la même instance, le Competition Appeal Tribunal. Le gouvernement, suivant l'avis et peut-être l'influence d'Ofcom, a l'impression que l'*appeal* a constitué une transposition excessive de l'exigence de la directive dite « cadre » et qu'un simple *judicial review* serait tout à fait compatible, profitant ainsi de la transposition du paquet de 2009 pour réfléchir à cette réforme³⁶⁹⁸.

1366. En revanche, le secteur de l'audiovisuel n'a pas bénéficié de tels aménagements et seul le recours en *judicial review* est disponible³⁶⁹⁹. Étant donné le caractère pénal de ces mesures

Industries, Regulatory Review 2004/2005 (Bath: CRI, 2005), 195–211 ; D. Rose, T. Richards, « Appeal and Review in the Competition Appeal Tribunal and High Court », *Judicial Review*, Vol. 15, Issue 3 (September 2010), pp. 201-219.

³⁶⁹⁸ V. BIS, Department for Business Innovations & Skills, Implementing The Revised Eu Electronic Communications Framework, Overall approach and consultation on specific issues, September 2010, spéc. §§ 48 suiv. : « The Government also believes that the interpretation of the current transposition goes beyond what is required by the Directive and we propose to clarify the position by amending the relevant section of the Communications Act 2003 ... The current transposition has been interpreted by some appellants as requiring a full rehearing of the case and some contend that the UK transposition intentionally goes beyond the requirements of Article 4(1). Ofcom consider that the perception of an 'enhanced' appeal right in the UK has resulted in regulatory uncertainty in the UK. They also consider that the burden of repeated appeals diverts resource from performing their statutory duties and impedes their ability to make timely, effective decisions in the interests of citizens and consumers. In our view an effective appeal that complies with the Directive does not require a full rehearing of the case. It is not the Government's intention to go beyond what the Directive requires - we believe an effective appeal should, as a minimum, consider whether the Regulator acted lawfully, and followed the correct procedures, took relevant issues and evidence duly into account and generally acted in accordance with their statutory duties. In considering these issues, it should take the merits of the case into account ».

³⁶⁹⁹ V. T. Prosser, *The Regulatory Enterprise - Government, Regulation, and Legitimacy*, préc., p. 165.

au sens de l'article 6 de la Convention, la compatibilité de ce recours est plus que douteuse. Cet argument n'a pas été relevé dans le peu d'affaires jugées dans ce domaine. Ceci est le résultat du coût trop élevé de ce recours, lequel s'ajoute aux faibles chances de succès résultant des moyens invocables.

Pouvoirs	Recours interne	Recours juridictionnel	Les suites du recours juridictionnel
<i>Audiovisuel</i>			
Constatations de manquements relatifs aux standards de diffusion dont les destinataires sont les entreprises autorisées ³⁷⁰⁰	Broadcasting Review Committee ³⁷⁰¹	<i>Judicial Review</i>	
Décisions de sanction en matière de radiodiffusion et de manquement aux obligations contenues dans l'autorisation ³⁷⁰² . C'est le Broadcasting Sanctions Committee qui est chargé de décider de la sanction.		<i>Judicial Review</i>	
<i>Radio</i>			
Le Radio Licensing Committee dispose des compétences de révocation des autorisations		<i>Judicial Review</i>	
<i>Communications électroniques</i>			
Injonctions		Competition Appeal Tribunal	Recours sur un point de droit devant la Court of Appeal ou la Court of Session
Mise en demeure		Competition Appeal Tribunal	Recours sur un point de droit devant la Court of Appeal ou la Court of Session

³⁷⁰⁰ Dans le domaine audiovisuel, la première étape de la procédure est une constatation de manquements aux règles en vigueur (toutes les règles sont contenues dans les différents codes qu'Ofcom a établis). Si Ofcom le juge approprié, il pourra, une fois le constat effectué, la décision notifiée (au destinataire et à la personne à l'origine de la plainte), considérer l'imposition d'une sanction. Le recours à la sanction constitue un second stade (« Procedures for the handling of broadcasting standards or other licence-related cases », spéc. § 46).

³⁷⁰¹ Les procédures engagées pour le non-respect des standards de diffusion ou de toute autre condition contenue dans les autorisations (« Procedures for the handling of broadcasting standards or other licence-related cases ») sont soumises à un recours spécial organisé à l'intérieur même d'Ofcom. Toute demande de recours doit d'abord être acceptée par Ofcom (l'examen est fait par une personne qui n'a pas eu préalablement connaissance du dossier). Si Ofcom accepte le recours pour réexaminer l'ensemble de la décision, la décision est revue par le Broadcasting Review Committee. L'autorisation de recours est donnée si Ofcom considère que la personne requérante démontre que la décision est matériellement inexacte et que le recours a une chance raisonnable de succès ou qu'il y a une raison impérieuse justifiant l'admission du recours. La décision d'autorisation, en cas de refus, est motivée. Le Broadcasting Review Committee est composé de personnes qui n'ont pas pris part à la première décision. En principe, il n'admet pas la fourniture de nouvelles preuves factuelles.

³⁷⁰² V. « Ofcom procedures for the consideration of statutory sanctions in broadcasting or other licence-related cases ». Cette procédure concerne l'ensemble des codes promulgués par Ofcom relatifs au contenu des programmes ainsi que tout manquement relatif aux obligations qui s'imposent aux titulaires de licence. Les sanctions sont prononcées par le Broadcasting Sanctions Committee.

Sanction		Competition Appeal Tribunal	Recours sur un point de droit devant la Court of Appeal ou la Court of Session
Règlement des différends		Competition Appeal Tribunal	Recours sur un point de droit devant la Court of Appeal ou la Court of Session

Qu'en est-il à présent des recours aménagés dans le secteur postal ? Ce secteur était antérieurement contrôlé par une autorité spécialisée, Postcomm, qu'une réforme de 2011 est venue priver de ses pouvoirs. La réglementation et le contrôle du secteur postal sont désormais de la compétence d'Ofcom et le législateur en a profité pour aménager de nouveaux recours.

2 — Le secteur postal : de Postcomm à Ofcom

1367. La loi de 2011 sur les services postaux réforme en profondeur l'organisation du secteur. Ofcom se voit ainsi attribuer la compétence pour réglementer et contrôler ce secteur. La loi réforme aussi les recours contre les décisions de l'autorité administrative.

Pouvoirs	Juridiction de recours	
	Situation sous l'empire du Postal Services Act 2000	Situation avec la réforme introduite par le Postal Services Act 2011
Sanction	<i>Appeal</i> à la High Court ³⁷⁰³	<i>Judicial Review</i> au Competition Appeal Tribunal ³⁷⁰⁴
Injonction	<i>Application</i> à la High Court ³⁷⁰⁵	<i>Judicial Review</i> au Competition Appeal Tribunal ³⁷⁰⁶
Règlement des différends	<i>Judicial Review</i> mais incertain ³⁷⁰⁷	<i>Judicial Review</i> ³⁷⁰⁸

³⁷⁰³ V. Postal Services Act 2000, article 36.

³⁷⁰⁴ V. Postal Services Act 2011, Part 3, article 57(1)(c).

³⁷⁰⁵ V. Postal Services Act 2000, article 28. Dans ce cas la loi dispose que le juge ne possède qu'un pouvoir d'annulation. Seuls des moyens de légalité semblent admissibles.

³⁷⁰⁶ V. Postal Services Act 2011, Part 3, article 57(1)(c).

³⁷⁰⁷ Le règlement des différends n'a toujours pas de base dans la loi. Le seul recours possible serait le recours en *judicial review*. Mais on se trouve ici dans la même situation que dans l'arrêt de la Chambre des Lords, Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications [1996] 1 W.L.R. 48. Dans cet arrêt les Lords jugèrent que les recours de droit privé pouvaient être utilisés contre une décision de règlement des différends de l'autorité sectorielle des télécommunications.

³⁷⁰⁸ L'incertitude n'est désormais plus de mise, car la réforme de 2011 a donné rang législatif à ce pouvoir (V. Postal Services Act 2011, Schedule 3, Part 2, § 13 suiv.).

Plusieurs commentaires peuvent être formulés, d'une part concernant le pouvoir de règlement des différends (a), d'autre part sur le pouvoir répressif (b).

a — Le recours contre les décisions de règlement des différends

1368. Le recours contre les décisions de règlement des différends n'est toujours pas un recours de pleine juridiction. De 2000 à 2011, l'unique source du pouvoir de règlement des différends était dans l'autorisation administrative dont Royal Mail est titulaire. Aussi se trouvait-on exactement dans la même hypothèse que dans l'arrêt *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications*. La présence d'une autorisation, dont on a vu que les juges anglais avaient mis du temps à reconnaître le caractère d'acte administratif et surtout unilatéral et non de contrat, a exclu, dans ce cas, le recours au *judicial review*. Aussi, ce sont les recours de droit privé qui ont été privilégiés.

1369. Aujourd'hui, et malgré le précédent *Mercury*, la source du pouvoir de règlement des différends est clairement dans la loi. C'est donc un recours en *judicial review* qui permettra de contester, le cas échéant, la décision d'Ofcom.

1370. Or, il ne semble pas que le recours aménagé pour l'instant soit compatible avec l'article 6. Ce point est discutable, mais il est tout de même acquis que le standard restreint de contrôle permis par la Cour européenne dans le cadre de l'article 6 est limité à certains domaines comme l'urbanisme. Or, le règlement des différends concerne bien un litige entre deux parties privées, il correspond par conséquent au cœur du volet civil. Il porte par ailleurs atteinte au droit de propriété protégé par le protocole additionnel.

Mais c'est davantage dans le domaine répressif que la compatibilité de la réforme est douteuse.

b — Le recours contre les décisions répressives

1371. Mais c'est essentiellement dans le domaine pénal que l'incompatibilité semble la plus manifeste. Certes, c'est le Competition Appeal Tribunal qui sera l'organe de recours, mais la loi précise bien que ce tribunal n'exercera, dans ce cadre, qu'un contrôle identique au *judicial review* et qu'il n'aura d'ailleurs qu'un pouvoir d'annulation³⁷⁰⁹. En toute logique, le Competition Appeal Tribunal n'aura donc pas la compétence pour connaître des faits et n'aura pas de pouvoir de réformation. Le contrôle de proportionnalité sera aussi limité : même si l'exigence de proportionnalité est inscrite dans la loi, le Tribunal pourra annuler l'amende s'il l'estime disproportionnée, mais il ne pourra en aucun cas lui substituer une amende d'un autre montant. À cet égard, la situation des opérateurs est moins favorable que sous l'ancien droit puisque la loi de 2000 attribuait au juge de droit commun un pouvoir d'« appel », au sens où le juge pouvait connaître tant des questions de fait que des points de droit.

Qu'en est-il à présent des recours aménagés contre les décisions d'Ofgem ?

³⁷⁰⁹ V. Postal Services Act 2011, Part 3, article 57(5) et (6) : « In determining an appeal under this section the CAT must apply the same principles as would be applied by a court on an application for judicial review. The CAT must either— (a) dismiss the appeal, or (b) quash the whole or part of the qualifying decision to which the appeal relates. If the CAT quashes the whole or part of a qualifying decision, it may refer the matter back to the person who made the decision with a direction to reconsider and make a new decision in accordance with its ruling ».

1372. L'organisation des recours contre les décisions d'Ofgem dans l'exercice de sa fonction contentieuse a connu une réforme profonde par la loi sur l'énergie de 2010, réforme qui étend encore davantage le rôle du Competition Appeal Tribunal dans le contrôle des secteurs régulés. Cette réforme de 2010 introduit toutefois une dualité de régimes entre les secteurs du gaz et de l'électricité. Seuls les recours contre les décisions coercitives dans le domaine de l'électricité ont été modifiés.

1373. Dans le domaine du gaz, la procédure d'« appel » prévue par la loi a un champ assez limité. La rédaction de la loi indique clairement que seuls les pouvoirs de sanction de l'autorité sont susceptibles d'un recours en « appel » devant la High Court. L'ensemble des autres décisions (injonctions, mises en demeure) ne rentre pas dans ce champ. Le juge dispose d'un pouvoir d'annulation et de réformation, mais la loi limite les moyens invocables. Ces moyens sont limités à la légalité de la décision et à son caractère raisonnable. En reprenant le standard *Wednesbury*, la loi semble en dessous des exigences de la convention. Toutefois, le pouvoir de réformation dont dispose le juge peut lui permettre d'ajuster au mieux, peut-on penser, l'adéquation de la sanction à la gravité des manquements.

1374. Dans le domaine de l'électricité, le législateur fournit un recours en « appel » contre les décisions coercitives d'Ofgem. Le Competition Appeal Tribunal dispose dans ce cadre d'une véritable compétence de pleine juridiction. Il peut revoir complètement l'affaire, juger les points de droit ainsi que les questions de fait, il peut de même réformer la décision contestée.

1375. En revanche, la loi n'a rien prévu concernant le pouvoir de règlement des différends d'Ofgem, ce qui est là certainement en contravention avec l'exigence des directives « énergie » conférant un droit au recours contre ces décisions.

Pouvoirs	Recours dans le domaine du gaz	Réforme de 2010 concernant l'électricité
Sanction	<i>Appeal</i> à la High Court ³⁷¹⁰	<i>Appeal</i> au Competition Appeal Tribunal ³⁷¹¹
Injonction	<i>Application</i> à la High Court ³⁷¹²	<i>Appeal</i> au Competition Appeal Tribunal ³⁷¹³
Règlement des différends	<i>Judicial Review</i>	<i>Judicial Review</i>

³⁷¹⁰ V. Gas Act 1986, article 30E. La loi spécifie clairement les pouvoirs du juge ainsi que les moyens invocables. Le juge peut annuler la décision ou réduire le montant de la sanction. Les moyens invocables concernent d'abord la compétence de l'autorité, ensuite la procédure suivie (qui doit être en accord avec celle mise en place par la loi), enfin la décision doit être raisonnable.

³⁷¹¹ V. Energy Act 2010, article 21. Les titulaires de ce pouvoir sont uniquement les destinataires, titulaires d'une autorisation. Le Tribunal peut annuler ou modifier la décision, ainsi que le montant de la sanction.

³⁷¹² V. Gas Act 1986, article 30. La procédure instaurée donne un seul pouvoir d'annulation au tribunal. Les seuls moyens qu'évoque la loi sont des moyens tirés de l'illégalité de la décision.

³⁷¹³ V. Energy Act 2010, article 20. Les titulaires de ce pouvoir sont uniquement les destinataires, titulaires d'une autorisation. Le Tribunal peut annuler ou modifier la décision, il peut aussi décider de l'annuler et de la renvoyer à Ofgem pour que celui-ci revoie l'affaire.

La structure que l'on trouve dans le domaine du gaz — applicable aussi au domaine de l'électricité avant la réforme de 2010 — se retrouve, exactement dans les mêmes termes, dans les autres secteurs que sont l'eau et le secteur ferroviaire.

4 — Ofwat

Pouvoirs	Juridiction de recours
Sanction	<i>Appeal</i> à la High Court ³⁷¹⁴
Injonction	<i>Application</i> à la High Court ³⁷¹⁵
Règlement des différends	<i>Judicial Review</i> ³⁷¹⁶

1376. Les mêmes remarques sont applicables aux recours aménagés contre les pouvoirs de l'instance sectorielle dans le domaine de l'eau. Si l'existence d'un « appel » en matière répressive remplit pleinement les exigences de l'article 6, il est en revanche douteux que le *judicial review* puisse convenir aux exigences de cette convention. Ici, le droit de l'Union européenne n'est pas applicable et c'est donc au seul regard du volet civil de l'article 6 que la compatibilité de ce recours peut être contestée. Certes, en matière civile la Cour de Strasbourg n'exige pas un pouvoir de réformation. En revanche, il semble évident qu'il faille distinguer nettement le règlement des différends, qui touche au cœur de l'office du juge civil — puisqu'il s'agit bien de résoudre un litige entre personnes privées relatif à un contrat portant sur l'utilisation d'un bien —, d'avec les hypothèses de contrôle minimum qu'autorise Strasbourg en matière d'urbanisme ou de prestations sociales. Si les affaires *Alconbury* et *Runa Begum* semblent complètement cohérentes avec les exigences de cette Cour, ces affaires ne peuvent être assimilées aux hypothèses que couvre le règlement des différends. Un contrôle approfondi des faits paraît bien s'imposer.

Les mêmes remarques s'appliquent au secteur ferroviaire et d'ailleurs aussi au secteur aéroportuaire³⁷¹⁷.

5 — Office of Rail Regulation

Pouvoirs	Juridiction de recours
Sanction	<i>Application</i> à la High Court ³⁷¹⁸

³⁷¹⁴ V. Water Industry Act 1991, article 22E.

³⁷¹⁵ V. Water Industry Act 1991, article 21. Dans ce cas la loi dispose que le juge ne possède qu'un pouvoir d'annulation. Seuls des moyens de légalité semblent admissibles.

³⁷¹⁶ Une question juridique se pose, car la loi dispose que la décision de règlement des différends d'Ofwat est « *final* » (Water Industry Act 1991, article 30A(5)(a)), ce qui implique qu'elle ne peut faire l'objet d'un recours. Mais les juges ont toujours interprété de manière restrictive ce genre de disposition, tentant de les neutraliser.

³⁷¹⁷ V. Airports Act 1986 c. 31, article 49. La C.A.A. ne dispose que d'un pouvoir d'injonction qui n'est passible que d'une « application » au High Court.

³⁷¹⁸ V. Railways Act 1993, article 57F. Les tribunaux disposent dans ce cadre d'un pouvoir plus étendu que dans le cas des injonctions puisqu'ils peuvent annuler et modifier la sanction financière (mais uniquement dans le sens

Injonction	<i>Application</i> à la High Court ³⁷¹⁹
Règlement des différends	<i>Judicial Review</i>

*

1377. Les recours aménagés dans les secteurs régulés en Angleterre connaissent donc trois situations : dans de nombreux cas, seul le recours en *judicial review* est disponible ; le législateur a parfois aménagé un « appel » porté soit devant le Competition Appeal Tribunal, soit devant la High Court ; enfin, le Parlement a créé un recours intermédiaire devant la High Court pour lequel les moyens sont limitativement énumérés et le pouvoir du juge est seulement d'annuler. Ce dernier pouvoir se rapproche beaucoup du *judicial review* du point de vue des pouvoirs du juge, et parfois quant aux moyens invocables, mais il peut aussi s'en distinguer.

1378. En 2004, un rapport de la commission sur la Constitution de la Chambre des Lords préconisait la mise en place d'une juridiction spéciale pour connaître de l'ensemble des recours au fond des autorités sectorielles, mettant l'accent sur les déficiences du *judicial review* et l'importance du contrôle juridictionnel de ces autorités³⁷²⁰. De même, la Better Regulation Task Force préconisait la mise en place de mécanismes d'« *appeal* » afin d'améliorer le contrôle des autorités indépendantes³⁷²¹. Tel n'est pas encore l'état du droit.

1379. Il faut douter grandement de la compatibilité de la situation juridique des recours avec le droit de l'Union européenne dans le domaine du règlement des différends dans le secteur du gaz — pourquoi le législateur n'a-t-il pas harmonisé les recours dans l'ensemble du secteur ? —. Le recours devant le Competition Appeal Tribunal ouvert contre les décisions de règlement des différends dans le secteur des communications électroniques fut motivé, d'après les promoteurs de la loi de 2003, par le besoin de créer le recours effectif prévu par la directive³⁷²². Certes, dans le domaine énergétique, les directives ne précisent pas la nature du recours, elles stipulent que « Les États membres veillent à ce que des mécanismes appropriés, à l'échelon national, permettent à une partie lésée par une décision d'une autorité de régulation d'exercer un recours auprès d'un organisme indépendant des parties concernées et de tout gouvernement »³⁷²³. Ainsi, elles n'imposent pas un recours effectif devant un tribunal

de la diminution). Les moyens invocables sont aussi plus étoffés puisque les requérants peuvent contester le caractère raisonnable de la sanction.

³⁷¹⁹ V. Railways Act 1993, article 57. Dans ce cas, la loi dispose que le juge ne possède qu'un pouvoir d'annulation. Seuls des moyens de légalité semblent admissibles.

³⁷²⁰ V. House of Lords, Constitution Committee, 6th Report, Session 2003-2004, spéc. « Chapter 11: Improving the Appeals Mechanisms ».

³⁷²¹ V. Better Regulation Task Force, Independent Regulators, octobre 2003, spéc. p. 34.

³⁷²² V. Joint Committee on the Draft Communications Bill. Draft Communications Bill, vol. I, Chair/author: Lord Puttnam, 2001/02, HC 876-i, p. 53, n° 193.

³⁷²³ V. Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, article 37 § 17 ; Directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 41 § 17. Les deux directives ne mettent l'accent que sur le caractère indépendant de l'organisme de recours, considérant que « L'organisme indépendant auprès duquel une partie lésée par la décision d'un

doté des compétences nécessaires. Mais les principes généraux du droit de l'Union européenne concernant le recours effectif imposent un examen du fond de l'affaire et notamment des faits.

1380. Dans un domaine différent, la contestation d'une décision d'attribution d'autorisation pour l'utilisation du spectre radioélectrique, les juges anglais ont eu à répondre à la question de savoir si le *judicial review* pouvait être suffisant pour remplir les exigences européennes d'un recours effectif. La réponse de la Court of Appeal fut positive, mais en appelant à une adaptation du contrôle. La Cour juge que « les juridictions nationales sont tenues d'adapter autant que possible leur procédure afin d'assurer la protection des droits conférés par le droit communautaire ». Elle estime en outre que « la compétence de la High Court lors d'un recours en *judicial review* est suffisamment souple pour s'adapter au standard imposé par l'article 4 de la directive 2002/21/CE afin de permettre au juge de prendre en compte le fond de l'affaire ». Elle considère donc que « le recours en *judicial review* constitue un recours effectif » au sens du droit de l'Union européenne³⁷²⁴. Le juge Jacob affirma de manière péremptoire qu'il était inconcevable de considérer que le recours effectif envisagé par l'article 4 de la directive « cadre » était incompatible avec le recours en *judicial review*³⁷²⁵. Pour ce juge, le droit concernant le *judicial review* est suffisamment adaptable pour que les règles contentieuses puissent se conformer aux exigences européennes, tout comme le *judicial review* a su, pour le même juge, s'adapter aux conditions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³⁷²⁶.

1381. Que conclure de cet arrêt ? Que le recours est compatible ou que le juge devra, saisi d'un recours entrant dans le champ du droit de l'Union européenne, adapter son contrôle et transformer le *judicial review* ? De surcroît, il ne semble pas que le raisonnement, appliqué à une mesure d'attribution de licence, puisse s'appliquer au règlement des différends. En tout cas, le gouvernement conservateur tire argument de ces positions pour diminuer l'intensité du recours, car il voudrait que le recours devant le Competition Appeal Tribunal contre les décisions d'Ofcom devienne un recours en *judicial review*³⁷²⁷.

1382. De même de nombreuses décisions relevant du volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne bénéficient pas d'un recours

régulateur national peut exercer un recours pourrait être un tribunal ou une autre forme de juridiction habilitée à procéder à un contrôle juridictionnel ».

³⁷²⁴ V. *T-Mobile (UK) Ltd and another v Office of Communications* [2009] 1 W.L.R. 1565. Traduction de : « that there was an obligation on a national court to adapt its procedures as far as possible to ensure that Community rights were protected; that the High Court's jurisdiction in judicial review proceedings was sufficiently adaptable to accommodate whatever standard was required by article 4 of Council Directive 2002/21/EC to enable the merits of the case to be duly taken into account; and that, accordingly, a challenge by way of judicial review, rather than an appeal to the tribunal, was an effective appeal mechanism for the purposes of article 4 ».

³⁷²⁵ V. *T-Mobile (UK) Ltd and another v Office of Communications* [2008] EWCA Civ 1373 [2009] 1 W.L.R. 1565, spec. § 31 : « it is inconceivable that [Article], 4 in requiring an appeal which can duly take into account the merits, requires Member States to have in effect a fully equipped duplicate regulatory body waiting in the wings just for appeals. What is called for is an appeal body and no more, a body which can look into whether the regulator had got something material wrong ».

³⁷²⁶ V. *T-Mobile (UK) Ltd and another v Office of Communications*, préc., spec. § 19 : « the common law in the area of [judicial review] is adaptable so that the rules as to [judicial review] jurisdiction are flexible enough to accommodate whatever standard is required by Article 4 ». Il ajoute § 29 : « I think there can be no doubt that just as [judicial review] was adapted because the Human Rights Act so required, so it can and must be adapted to comply with EU law and in particular Article. 4 of the [Framework] Directive ».

³⁷²⁷ V. plus haut sur les recours contre les décisions d'Ofcom.

de pleine juridiction ; au mieux bénéficient-elles d'un recours en *judicial review*, lequel ne comprend pas de pouvoir de réformation. L'incompatibilité semble ici patente et l'adaptation du *judicial review* nécessiterait une complète transformation et un renoncement aux principes les mieux établis en la matière. Il est en effet constant que le *judicial review* ne peut s'intéresser au mérite, à l'opportunité de la décision. Or c'est bien ce dont il est question lorsque la convention européenne impose un pouvoir de réformation.

Il faut à présent analyser la genèse du Competition Appeal Tribunal et ses caractères distinctifs.

II — Le Competition Appeal Tribunal : entre renouveau et tradition

Le Competition Appeal Tribunal est de création récente et présente des caractères novateurs marqués (A). Malgré ces caractères novateurs, il s'inscrit toutefois dans une longue tradition institutionnelle du droit administratif anglais et s'explique aussi par la réticence des juges à contrôler au fond l'activité administrative (B).

A — Le Competition Appeal Tribunal : création et caractères

Après avoir étudié les motifs qui ont présidé à la création du Competition Appeal Tribunal (1), on s'intéressera à ses caractères, novateurs à maints égards (2).

1 — La création du Competition Appeal Tribunal

1383. Le Competition Appeal Tribunal est créé par la loi de 2002, le Enterprise Act, afin de mettre en conformité le droit interne anglais avec le droit de l'Union européenne. C'est une émanation du Competition Commission Appeals Tribunal³⁷²⁸, instance intégrée à la Competition Commission³⁷²⁹ et dont le rôle était de connaître des recours contre les décisions de cette autorité. La séparation de la Competition Commission s'expliquait par le fait que le Competition Commission Appeals Tribunal connaissait des recours contre les décisions de la Competition Commission. Il fallut donc séparer ces deux instances afin d'assurer une apparence d'impartialité³⁷³⁰.

1384. De surcroît, cette juridiction permet aussi, d'après les travaux parlementaires, de satisfaire les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en matière pénale. Ainsi, le comité sur les droits de l'homme, commun aux deux Chambres,

³⁷²⁸ V. M. Jephcott, « The First Two Years of the Competition Commission Appeal Tribunals », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 4, 2001, pp. 217 suiv..

³⁷²⁹ Cette instance prend, en 1998 avec la loi sur la concurrence, le relais de l'ancienne Monopolies and Mergers Commission. Elle est dotée d'une double compétence : une compétence pour examiner les concentrations, certaines pratiques anticoncurrentielles et les demandes de modifications des autorisations des entreprises dans les secteurs régulés et une compétence de recours contre les décisions de sanctions des autorités de concurrences anglaises.

³⁷³⁰ V. Council on Tribunals: Council on Tribunals annual report 2001/02, HC 14, spéc. p. 9. Ce Conseil affirme qu'il a toujours été très réservé sur le fait que les deux instances soient fusionnées. Il accueille donc favorablement la réforme.

relève que les pouvoirs répressifs d'Ofcom ne peuvent être compatibles que si un mécanisme d'« appel » est mis place, car cette autorité n'est ni indépendante, ni impartiale³⁷³¹.

1385. Dans le domaine des communications électroniques, le gouvernement présenta le droit au recours devant le Competition Appeal Tribunal comme un contrepoids nécessaire à l'extension des pouvoirs répressifs de l'autorité : « ces changements [l'attribution de pouvoirs répressifs importants] constituent un accroissement significatif des pouvoirs du régulateur. Il ne serait donc pas juste de les présenter sans en même temps fournir de fermes garanties procédurales pour les victimes de cette action coercitive. Le nouveau droit d'appel au fond porté devant le Competition Appeal Tribunal, exposé à l'article 187, est une garantie importante »³⁷³².

1386. La création du Competition Appeal Tribunal s'explique donc d'abord par le besoin de créer une juridiction spécialisée dans le domaine de la concurrence. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a d'ailleurs servi de modèle à cette nouvelle juridiction dont le premier président, Christopher Bellamy, fut membre³⁷³³.

1387. Ce n'est qu'ensuite que la problématique des droits de l'homme s'est ajoutée, expliquant la réforme de 2003 ainsi que celle de 2010, créant un droit à un recours de pleine juridiction dans le domaine des communications électroniques et de l'électricité.

Quels sont les caractères saillants de cette nouvelle juridiction ?

2 — *Les caractères du Competition Appeal Tribunal*

1388. Le Competition Appeal Tribunal est une juridiction spécialisée³⁷³⁴. L'étude de ses caractères — dont nous excluons pour l'instant les aspects procéduraux — met en évidence certains traits saillants qui frappent le comparatiste.

³⁷³¹ V. Human Rights Joint Select Committee: Draft Communications Bill, 2001/02, HC 1102, spéc. p. 7 : « Clause 28 would allow OFCOM to impose a penalty of up to £10,000 for contravention of clause 23. The money would be payable to OFCOM. There would be no hearing before an independent and impartial tribunal before the penalty was imposed. Under clause 28(1), (6) and (7), before imposing a penalty OFCOM would have to have given a notification to the service provider under clause 26 giving an opportunity to the provider to make representations, the time for making representations would have to have expired, and OFCOM would have had to take account of any representations received. It would be open to the provider to appeal to the Competition Appeal Tribunal against the imposition of the penalty. That being so, the procedural arrangements, taken as a whole, seem to us to satisfy the requirements of the duty of act fairly at common law and, so far as they apply, those of due process under Article 6(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ».

³⁷³² V. Standing Committee on the Bill for this Act in the House of Commons the Minister for E-Commerce and Competitiveness (Mr. Stephen Timms) : « Those changes are a significant enhancement of the regulator's powers. It would therefore not be right to introduce them without at the same time providing firm procedural safeguards for those subject to enforcement action. The new right of appeal on the merits to the Competition Appeals Tribunal, set out in clause 187, is a major safeguard ».

³⁷³³ V. F. Jacobs, « European Law and the English Judge », in Tom Bingham and the Transformation of the Law — A Liber Amicorum, Oxford, Oxford University Press, 2009, spéc. p. 436 ; D. Vaughan, M. Gray, « Litigating in Luxembourg and the Role of the Advocate at the Court of Justice », in A. Arnulf, P. Eeckhout, T. Tridimas, Continuity and Change in EU Law — Essays in Honour of Sir Francis Jacobs, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 67 ; P. Grinyer, A. Pryor, « The Origins of the Competition Appeal Tribunal and the Decisive Role Played by Sir Christopher Bellamy in its Development », Competition Law Journal, 2007, pp. 241 suiv..

³⁷³⁴ V. Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 4, § 2. Les décisions du Tribunal ont la même force juridique qu'une décision de la High Court.

1389. Le caractère le plus saillant tient d'abord à sa composition qui reflète un souci louable d'assurer un véritable recours. L'éminence des membres du Competition Appeal Tribunal est un élément important qui assure aux décisions de cette juridiction une qualité juridique et économique certainement irréprochable. De même, les moyens de cette juridiction sont importants, mais l'impossibilité de comparer ce point avec les moyens des juridictions équivalentes françaises rend toute comparaison difficile. En revanche, force est de constater le faible nombre de décisions rendues.

1390. La composition de cette juridiction manifeste l'objectif de faire du Competition Appeal Tribunal une juridiction de qualité irréprochable. Elle dispose de magistrats confirmés, de juristes rompus au contentieux et au droit ; ainsi que de spécialistes renommés en économie.

1391. La formation de jugement est composée de trois juges, provenant des deux formations distinctes. Le personnel du Tribunal est en effet composé de deux commissions : une commission de présidents nommés par le Lord Chancellor en raison de leur expérience en droit de la concurrence (constituée de magistrats de la High Court et de quelques *barristers* confirmés)³⁷³⁵ et une commission de « membres ordinaires » (nommés pour leur connaissance dans le domaine de l'économie, des affaires, de la comptabilité par le Secrétaire d'État)³⁷³⁶. L'analyse des parcours des membres « ordinaires » manifeste que l'on trouve des avocats spécialisés en droit de la concurrence, des professeurs d'économie ou de finance, des *barristers*, des auditeurs, des comptables, des consultants, des managers ayant eu une expérience dans les secteurs (télécommunications, énergie) que contrôle le Tribunal. Elle bénéficie en effet de l'appui de quatre référendaires, lesquels ont reçu une formation juridique. Ce dernier aspect est peut-être la marque la plus voyante de l'influence que le modèle du Tribunal de première instance des Communautés européennes a jouée.

1392. La composition de cette juridiction manifeste donc un souci de concilier la qualité du droit, et le contrôle approfondi des décisions des autorités spécialisées. Pour renforcer encore la qualité du jugement, le Tribunal assure une formation régulière de ses membres. Le Service de la concurrence du Tribunal emploie les services de consultants externes qui testent les juges du Tribunal afin de connaître les besoins en formation des juges, formation qui leur est dispensée sur une base régulière. Pour reprendre les termes de Christopher Bellamy, « En ce qui concerne la formation, les spécialistes en matière économique doivent devenir juristes et vice versa. Ces deux disciplines doivent pour ainsi dire se chevaucher »³⁷³⁷.

1393. Cette instance dispose aussi de moyens importants. Les aspects administratifs et comptables sont gérés par une commission dédiée, le Service de la concurrence (« *competition service* »), qui reçoit les fonds publics finançant l'activité du Tribunal. La publication de rapports annuels permet de connaître les moyens de cette juridiction. Le budget du Competition Appeal Tribunal est abondé par le Département du Commerce et de l'Industrie. La dotation du Tribunal a pu s'élever, pour la période 2008-2009 à quatre millions cent quatre-vingt mille livres pour décroître en 2009-2010 à trois millions sept cent quatre-vingt-dix mille livres. Les salaires des membres reflètent l'engagement de l'État anglais. Le salaire du Président se situe ainsi, en 2009-2010, entre cent soixante-dix et cent soixante-quinze mille livres. Le coût total de la rémunération des juges est de quatre cent trente-trois mille livres.

³⁷³⁵ V. Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 2, §§ 1-3.

³⁷³⁶ V. Enterprise Act 2002 (c. 40), Annexe 2, § 4.

³⁷³⁷ V. C. Bellamy, « Le juge contrôleur du régulateur », in Marie-Anne Frison-Roche Droit et économie de la régulation, tome 1, Presses de Sciences Po, Hors collection, 2004, pp. 174-178, spéc. p. 176.

En regard, le comparatiste est aussi frappé par le faible nombre de jugements rendus dans les secteurs régulés, comme on peut le voir dans le tableau ci-dessous (ces chiffres incluent les décisions relatives au droit de la concurrence) :

Année	Nombre de jugements
2003-2004	34 jugements
2004-2005	26 jugements, dont 1 relatif au règlement des différends devant Ofcom et 1 relatif à une mise en demeure
2005-2006	41 jugements
2006-2007	44 jugements, dont 1 relatif à une injonction d'Ofcom
2007-2008	26 jugements, dont 2 relatifs au règlement des différends d'Ofcom
2008-2009	42 jugements, dont 3 relatifs au règlement des différends d'Ofcom
2009-2010	38 jugements

1394. Il faudra tirer un bilan de ces éléments une fois les éléments établis concernant les juridictions françaises. Il est assuré que la qualité tant juridique qu'économique des décisions du Competition Appeal Tribunal est irréprochable.

1395. Cependant, on ne peut qu'être sensible au besoin d'ouvrir la justice au plus grand nombre. Le coût de cette justice de qualité se paye certainement par une forte incitation à ne pas contester les décisions des autorités sectorielles.

Il reste maintenant à montrer comment la création du Competition Appeal Tribunal s'inscrit dans une longue tradition, que des évolutions récentes sont venues modifier.

B — La création du CAT s'inscrit dans une longue tradition juridique, qui s'explique par la réticence des juges à contrôler au fond l'activité administrative

Il faudra tout d'abord s'intéresser à l'inscription de cette nouvelle institution dans la tradition juridique du *common law* anglais. Le Competition Appeal Tribunal traduit à la fois une filiation et manifeste certains changements du système juridique anglais (1). Cette tradition s'explique par la réticence des juges à intervenir pour contrôler au fond l'activité administrative et particulièrement celle des organes spécialisés que sont les autorités de régulation (2).

1 — Des éléments de filiation et la marque des changements du temps

1396. Le Competition Appeal Tribunal manifeste des éléments fortement inscrits dans l'histoire du droit administratif anglais. Malgré cela, des éléments de nouveautés montrent toute l'évolution qu'a connue le droit administratif anglais depuis les années deux mille.

1397. L'élément de continuité, c'est la mise en place d'une instance spécialisée. À la différence de la France qui choisit de confier le contrôle juridictionnel des autorités

sectorielles aux tribunaux ordinaires, fussent-ils de l'ordre judiciaire, le Royaume-Uni, fidèle en cela à une longue tradition, préféra créer un nouvel organe.

1398. Le recours à la formule du *tribunal* est en effet commun dans ce pays, si bien que le Competition Appeal Tribunal emprunte certaines de ses caractéristiques à cette institution. Peter Cane affirme ainsi d'emblée que la caractéristique majeure du *tribunal* est son caractère spécialisé³⁷³⁸. Pour cet auteur, cette spécialisation implique deux éléments : d'une part, sa compétence est limitée et, d'autre part, elle nécessite la présence au sein de ces instances d'experts du domaine concerné. Dans son étude consacrée aux *tribunals*, Peter Cane identifie trois catégories de membres dans les *tribunals* : les juristes, les experts et, enfin, les membres non professionnels dont l'importance est constamment soulignée. Cette composition ne peut se comprendre — particulièrement la présence de membres non professionnels, ni experts, ni juristes — qu'en ayant à l'esprit que la justice commune au Royaume-Uni est rendue par des magistrats non professionnels, membres de la communauté. Ainsi les juges de paix ne sont pas des juristes. Des études suggèrent que la pratique d'intégrer des membres non professionnels aux *tribunals* serait en train d'être marginalisée dans certains domaines³⁷³⁹.

1399. Le Competition Appeal Tribunal correspond à cette description. Les deux panels de personnes parmi lesquels la formation de jugement est recrutée reproduisent ce schéma et le poussent à l'extrême. Les juristes qui y sont représentés sont parmi les plus éminents, ce sont des magistrats ou des *barristers* confirmés. De même, les experts font partie du second comité. Les professeurs d'économie les plus distingués font partie de cette formation. Il est en revanche difficile de savoir si le Competition Appeal Tribunal comprend aussi la catégorie des non professionnels, catégorie difficile à saisir. Il est toutefois vrai qu'étant donné la nature des décisions contrôlées, il semble que seuls les juristes et les économistes aient la compétence pour pouvoir vérifier l'exactitude des analyses des autorités sectorielles ou de concurrence. Par conséquent, on peut bien distinguer trois catégories de membres du Tribunal : les juristes, les experts en économie, en comptabilité ou en finance et les personnes recrutées pour leur expérience dans certains milieux professionnels.

1400. Ces éléments de continuité ne doivent cependant pas masquer à quel point le Competition Appeal Tribunal est représentatif de toute l'évolution que connaît le système des *tribunals* au Royaume-Uni depuis la fin du XX^e siècle. Cette évolution se manifeste d'abord par le degré d'indépendance dont bénéficie cette instance. Le rapport Leggatt, point de départ de la réforme des *tribunals*, notait déjà une perception de partialité de la part des justiciables³⁷⁴⁰. Ce rapport recommanda donc une séparation institutionnelle des *tribunals* de

³⁷³⁸ V. P. Cane, *Administrative tribunals and adjudication*, préc., pp. 91 suiv..

³⁷³⁹ V. P. Cane, *Administrative tribunals and adjudication*, préc., p. 92 ; N. Wikeley, R. Young, « The Marginalisation of Lay Members in Social Security Tribunals » (1992) 14 *Journal of Social Welfare and Family Law* 127. L'importance des membres non professionnels a été particulièrement soulignée dans le rapport Leggatt et le gouvernement en a relevé l'importance. Ils sont censés amener soit l'expérience soit l'expertise nécessaire à la prise de décision, en fonction des domaines concernés (Ministry of Justice, *Government Response to Transforming Tribunals*, 19 may 2008). Pour Carol Harlow et Richard Rawlings, il faut bien distinguer expérience et expertise que les rapports confondent trop souvent. Si l'expérience peut être utile dans certains domaines (sécurité sociale), elle peut être dangereuse dans d'autres (sécurité aérienne) : *Law and Administration*, préc., pp. 493-494. V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 775-776.

³⁷⁴⁰ V. *Tribunals for Users: One System, One Service* (London, TSO, 2001) para 2.2 ; P. Cane, *Administrative tribunals and adjudication*, préc., p. 109 ; M. Asimow, J. S. Lubbers, « The Merits of "Merits" Review: A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal », *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper n° 1785894, spéc. p. 10 ; J. S. Lubbers, « Should the Primary Locus of Government Adjudication be In the Agencies, the Courts or in a Special Tribunal? Comparisons between the US

l'Administration qu'ils contrôlent. Ainsi, ce qui s'est passé pour la Chambre des Lords a aussi eu lieu pour les *tribunals* qui se sont séparés de l'Administration. Le Competition Appeal Tribunal subit le même sort puisqu'il est créé, à partir du Competition Commission Appeals Tribunal, par une séparation d'avec la Competition Commission et dispose de locaux propres.

1401. De surcroît, les membres du Tribunal bénéficient de garanties d'indépendance. Les membres sont nommés pour huit ans et ne peuvent être démis de leur fonction que pour incapacité ou mauvaise conduite³⁷⁴¹.

1402. Le second élément qui caractérise l'évolution du système des *tribunals* est leur juridictionnalisation. Le Tribunals, Courts and Enforcement Act de 2007 créant un système de recours à deux niveaux, le tribunal de première instance et le tribunal supérieur, fait du second une juridiction³⁷⁴² et, même si la nature du premier est encore incertaine, il est composé de juges³⁷⁴³. C'est de même ce qui s'est passé pour le Competition Appeal Tribunal qui s'inscrit ainsi dans une tendance à juridictionnaliser le traitement des litiges administratifs.

1403. En dernière instance, la création d'un *tribunal*, malgré les éléments de nouveauté qu'il manifeste s'explique par la réticence des juges de *common law* à contrôler au fond l'activité administrative, particulièrement dans le domaine économique.

2 — La réticence des juges face aux décisions des autorités de régulation

1404. Le *judicial review* n'est pas un recours qui s'intéresse au fond de la décision. Le bien-fondé d'une décision administrative ne peut être contrôlé qu'à travers le test de l'irrationalité. Même si, dans le domaine des droits de l'homme par exemple, les juges ont mis en place un contrôle plus strict, le standard de l'irrationalité reste extrêmement difficile à prouver.

1405. Dans le domaine des décisions des autorités sectorielles, les juges anglais se sont montrés très réticents à interférer dans l'action de ces autorités et à remettre en cause le bien-fondé de ces décisions³⁷⁴⁴. À de multiples reprises les juges se sont exprimés sur ce point : les autorités sectorielles sont mieux placées que le juge pour décider du bien-fondé d'une décision, si bien que l'entendu du contrôle juridictionnel doit être nécessairement limité³⁷⁴⁵. Le juge Lightman affirme dans ce cadre de manière on ne peut plus claire que « Lorsque la loi attribue au directeur [général des télécommunications] une fonction de décision, c'est à lui, et

and the UK/Australia Models », in *Effective Judicial Review: A Cornerstone of Good Governance*, C. F. Forsyth et al. (ed.), pp. 163-166, New York, Oxford University Press, 2010.

³⁷⁴¹ V. Enterprise Act 2002, Annexe 2, § 2 (pour les présidents) et § 4 (pour les membres ordinaires).

³⁷⁴² V. P. Cane, *Administrative tribunals and adjudication*, préc., p. 121

³⁷⁴³ V. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (c. 15), article 3.

³⁷⁴⁴ V. Les développements qui suivent s'inspirent des décisions cités par C. Graham, « Judicial Review of the Decisions of the Competition Authorities and the Economic Regulators in the UK », in *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, O. Essens, A. Gerbrandy, S. Lavrijsen (eds), Groningen, Europa Law Publishing, 2009, spéc. p. 255. V. aussi C. Graham, *Regulating public utilities: a constitutional approach*, Oxford, Hart, 2000, spéc. chap. 4 ; M. Harker, S. Peyer, K. Wright, « Judicial scrutiny of merger decisions in the EU, UK and Germany », *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, 60(1), pp. 93-124, spéc. p. 105. Ces auteurs montrent de manière très intéressante l'attitude différente du juge anglais, sa déférence, laquelle contraste avec la position des juges européens et allemands.

³⁷⁴⁵ V. *The Queen On the application of London and Continental Stations and Property Limited v The Rail Regulator* [2003] EWHC 2607 (Admin) : « Thirdly, he is better placed than a court to make an overall assessment of what is in the interest of the rail network. This third principle explains why the court has limited scope for intervention ».

à lui seul, de considérer les arguments économiques avancés, de peser les arguments les plus convaincants afin de se prononcer définitivement sur la question. Les requérants ne jouissent d'aucun droit d'appel : aussi, dans le cadre de ce recours en judicial review, du moment que l'autorité administrative observe correctement la loi, sa décision ne peut être remise en question que sur le fondement du test issu de l'arrêt *Wednesbury*. Dans ce cadre, la Cour doit être sur ses gardes afin d'éviter le danger de substituer son point de vue à celui de l'Administration et de contredire un administrateur consciencieux et agissant de bonne foi, et connaissant l'ensemble des faits »³⁷⁴⁶.

1406. De telles appréciations ne manifestent d'ailleurs aucune spécificité particulière du secteur de la régulation sectorielle en matière de contrôle juridictionnel³⁷⁴⁷. Le contrôle de l'irrationalité est nécessairement limité, les secteurs régulés ne sont qu'une illustration supplémentaire du fait, qu'en l'absence de droit d'« *appeal* », le contrôle des décisions sera restreint. L'existence d'un contrôle restreint dans le domaine de la régulation a été réaffirmée en matière ferroviaire³⁷⁴⁸, énergétique³⁷⁴⁹ et postale³⁷⁵⁰.

1407. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire, dans les secteurs régulés au même titre que dans d'autres, est limité par la grande déférence que le juge accorde à l'avis de l'autorité administrative. Certains auteurs avancent d'ailleurs que c'est ce qui fait la spécificité du

³⁷⁴⁶ V. R. v The Director General of Telecommunications [1999] E.C.C. 314, spéc. § 26. Traduction de : « Where the Act has conferred the decision-making function on the Director, it is for him, and him alone, to consider the economic arguments, weigh the compelling considerations and arrive at a judgment. The applicants have no right of appeal: in these judicial review proceedings so long as he directs himself correctly in law, his decision can only be challenged on *Wednesbury* grounds. The court must be astute to avoid the danger of substituting its views for the decision-maker and of contradicting (as in this case) a conscientious decision-maker acting in good faith with knowledge of all the facts ».

³⁷⁴⁷ De nombreux auteurs se sont exprimés sur ce point, arguant du fait que le droit commercial ne différerait pas fondamentalement d'autres domaines soumis au contrôle du judicial review : V. Commercial Regulation and Judicial Review, J. Black, T. Muchlinski, P. Walter (eds.), Oxford, Hart Publishing, 1998, spéc. p. 15 (« So the answer to the question : what is so special about commercial judicial review, is: nothing ») ; P. Engelman, Commercial Judicial review, Sweet & Maxwell, 2001, p. 5.

³⁷⁴⁸ V. Great North Eastern Railway Ltd v Office of Rail Regulation [2006] EWHC 1942 (Admin), spéc. § 39 : « Given the ORR's expertise in this highly technical field the Court would be very slow indeed to impugn the ORR's view that the variable track access charge is currently the best available measure of the cost that is directly incurred for the purposes of paragraph 1(4) of Schedule 3 ».

³⁷⁴⁹ V. R. (on the application of Exoteric Gas Solutions Ltd) v Gas & Electricity Market Authority (OFGEM) [2003] EWHC 2072 (Admin), spéc. § 83 : « These are judicial review proceedings. This is not a Court of Appeal from Ofgem's decision on the merits. It is an expert body, upon which Parliament has deliberately conferred a broad discretionary area of judgment. Its judgment that investigation rather than immediate enforcement was appropriate was well within the bounds of that broad discretion ». Dans une autre décision, la recevabilité de la demande est même rejetée : ScottishPower Energy Management Ltd v Gas and Electricity Markets Authority [2005] EWHC 2324 (Admin).

³⁷⁵⁰ V. R. (on the application of Royal Mail Group Plc) v Postal Services Commission [2008] EWCA Civ 33, spéc. § 32 : « What Postcomm has done, as an expert tribunal familiar with postal services and their problems, is to consider the nature, seriousness and length of the breaches of condition and to assess their likely consequences in a situation in which the possibility of losses from other causes, some the fault of Royal Mail and others beyond their control, must be kept in mind. In making its assessment, Postcomm has not had the benefit of full co-operation by Royal Mail, as stated in the February 2006 report paragraphs 8.36 and 8.37, notwithstanding the requirement in its licence to collect and analyse statistics to achieve the purpose of minimising loss (condition 8(3)(e)) ».

judicial review en matière économique, la déférence serait plus grande³⁷⁵¹. Ainsi, pour Colin Scott, les tribunaux adoptent une attitude plus restrictive dans les domaines économiques³⁷⁵².

Cette limite justifie d'autant plus, dans le domaine du contrôle de la fonction contentieuse, la création, par le législateur, d'un droit d'« *appeal* » contre les décisions de ces autorités.

Conclusion du § 1

Le choix anglais s'inscrit donc entre tradition et renouveau. En même temps, l'aspect à première vue séduisant pour le comparatiste du Competition Appeal Tribunal ne doit pas masquer l'état encore chaotique de l'organisation des recours, dont la compatibilité avec les exigences de la Convention européenne comme avec celles du droit de l'Union européenne est plus que douteuse. Cependant une évolution vers l'affirmation du Competition Appeal Tribunal comme organe de recours de pleine juridiction des décisions des autorités sectorielles anglaises se confirme à mesure que les réformes bouleversent le paysage juridique de ces secteurs (l'Energy Act en est un bon exemple, qui place le secteur de l'électricité sous l'empire de cette juridiction).

Certains secteurs restent cependant à l'écart. Les sanctions en matière audiovisuelle ne bénéficient pas de recours de pleine juridiction et il est à douter en cette matière qu'une évolution apparaisse. Autant les enjeux financiers importants derrière les décisions de règlements des différends sont une motivation importante pour intenter un recours, fut-il en *judicial review* où les chances de l'emporter sont faibles, autant en matière audiovisuelle, où les amendes sont faibles, seule une décision de retrait pourrait constituer un aiguillon pour motiver les parties à tenter leur chance devant le juge.

Le comparatiste ne peut à cet égard qu'être frappé par le décalage entre la France et l'Angleterre dans les domaines concernés par l'article 6. Alors qu'en France le domaine répressif est un domaine de prédilection de ce moyen, c'est le volet civil de l'article 6 qui fait l'objet des décisions les plus importantes. La seule explication plausible est une explication

³⁷⁵¹ V. A. Lidbetter, « Judicial Review in the Company and Commercial Context » [1995] 10 Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, pp. 63–70.

³⁷⁵² V. C. Scott, « The Juridification of Relations in the UK Utilities Sector », in Commercial Regulation and Judicial Review, préc., p. 24 : « there is a view that the courts take a more restrictive attitude to judicial review in cases involving commercial regulation » ; T. Prosser, « The Powers and Accountability of Agencies and Regulators », in English Public Law, David Feldman (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 296 ; M. Smyth, « The Public Law of Commercial Regulation », Judicial Review, 2009, pp. 197 suiv., spéc. p. 199 suiv. ; J. Arancibia, Judicial Review of Commercial Regulation, Oxford University Press, 2011. Jaime Arancibia plaide dans son ouvrage pour un contrôle plus poussé dans ce domaine : « It will be argued that only by adopting a close supervision over decisions which alter or determine the operation of markets is it possible to reach a level of judicial control that is consistent with the requirements of fairness and reasonableness in this area and with proper respect for the rights of the parties involved. This approach is particularly founded on the idea that a good system of public regulation over private business necessarily requires the court to play a more interventionist role which ensures impartial protection of market players. (...) In light of this, it becomes clear that the present work challenges the much more deferential attitude which has traditionally been exhibited by the domestic courts vis-à-vis decisions of economic authorities. Indeed, by suggesting that a relatively intrusive form of review should be adopted, this view provides an approach which is in sharp contrast with the current jurisprudence on the matter. In this way, it also represents an invitation to the judges to move beyond their actual perception of their limited role within the regulatory framework and recognize the need to engage in a stricter model of substantive review which reflects the importance of securing effective judicial protection of private interests » (spéc. p. 7).

financière couplée au contrôle restreint du juge. Les enjeux financiers en matière d'urbanisme poussent les requérants à saisir le juge, alors qu'en matière répressive seules les amendes très élevées en matière de concurrence peuvent inciter au contentieux.

Qu'en est-il à présent des choix français ?

§ 2 — La confiance dans la justice ordinaire en France

1408. La situation française des recours en matière de régulation est, tout en étant complexe et même parfois incertaine³⁷⁵³, beaucoup plus lisible qu'au Royaume-Uni. Le législateur confère dans tous les domaines un recours en annulation ou en réformation, mais devant un juge qui n'est pas le juge naturel de l'Administration.

1409. Contrairement à ce que croient trop souvent les juristes anglais et de nombreux comparatistes au premier rang desquels il est possible de ranger Dicey, le contentieux de l'Administration ne relève pas uniquement du juge administratif, et les secteurs régulés en fournissent une preuve éclatante. L'évolution contemporaine remet en cause les systématisations des comparatistes qui voudraient classer les systèmes juridiques en fonction de l'existence d'un juge de l'Administration. On ne peut que souscrire à l'affirmation de Jean-Marie Auby selon laquelle, « Au XIX^e siècle, certains auteurs anglo-saxons, tel Dicey, prétendaient classer en deux catégories les systèmes juridiques des États selon qu'ils comportaient ou non un droit administratif. Aux pays sans droit administratif, comme la Grande-Bretagne ou les États-Unis, où l'Administration était soumise au droit commun, ils opposaient les pays à droit administratif comme les États latins, où l'Administration relevait d'un régime juridique particulier différent du droit commun ». Jean-Marie Auby formule une critique décisive et piquante par son actualité de cette conception : « Déjà inexacte en son temps, cette thèse ne serait plus sérieusement soutenue aujourd'hui », car, « l'Administration relève d'un régime juridique dualiste fait de droit commun et de droit « exorbitant » du droit commun »³⁷⁵⁴.

1410. Face aux simplifications auquel recourt le droit comparé, le droit des recours contre les autorités sectorielles fournit un démenti.

1411. Malgré tout, la confrontation avec le modèle anglais amène à manifester certains caractères saillants du système juridique français. À la différence du système anglais, le système juridique français confie volontiers les recours, même très spécialisés, aux juridictions existantes. Autrement dit, là où le Parlement anglais va créer un *tribunal* auquel il laissera une grande latitude pour établir ses procédures en fonction des particularités du contentieux, le système français recourt aux instances juridictionnelles existantes, qui ne sont pas spécialisées. La connaissance des recours est confiée uniquement aux magistrats, sans que l'on crée pour l'occasion une juridiction spéciale. Les magistrats, omniprésents dans les autorités administratives indépendantes, le sont encore au stade du contrôle juridictionnel.

À l'exposé des recours qui comprendra une étude de leur nature et de la juridiction concernée (I), succédera une appréciation de ces recours (II).

³⁷⁵³ C'est spécialement en matière de recours contre les décisions de l'A.M.F. que l'insécurité juridique est la plus grande.

³⁷⁵⁴ V. J.-M. Auby, « Le milieu juridique », in *Traité de science administrative*, J.-M. Auby (dir.), Paris, Mouton, Coll. École pratique des hautes études, Sorbonne 6^e section : Sciences économiques et sociales, 1966, spéc. p. 184.

I — Exposé des recours

Autorité sectorielle	Nature du recours	Juridiction	Contrôle de cassation
Règlement des différends			
A.R.A.F. ³⁷⁵⁵	Recours en annulation ou en réformation	Cour d'appel de Paris	Cour de cassation
A.R.C.E.P. – Secteur Postal ³⁷⁵⁶	Recours en annulation ou en réformation	Cour d'appel de Paris	
A.R.C.E.P. – Communications électroniques ³⁷⁵⁷	Recours en annulation ou en réformation	Cour d'appel de Paris	
CoRDIS de la C.R.E. ³⁷⁵⁸	Recours en annulation ou en réformation.	Cour d'appel de Paris	
C.S.A. ³⁷⁵⁹	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
H.A.D.O.P.I. ³⁷⁶⁰	Le recours n'est pas qualifié pas la loi.	Cour d'appel de Paris	Cour de cassation
Médiateur du cinéma ³⁷⁶¹	Recours pour excès de pouvoir ³⁷⁶²	Tribunal administratif de Paris ³⁷⁶³	Conseil d'État contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris
Mesures conservatoires			
A.R.A.F. ³⁷⁶⁴	Recours en annulation ou en	Cour d'appel de Paris	Cour de cassation

³⁷⁵⁵ V. Code des transports, article L. 2134-3.

³⁷⁵⁶ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 5-6.

³⁷⁵⁷ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-8.

³⁷⁵⁸ V. Code de l'énergie, article L. 134-21.

³⁷⁵⁹ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-8.

³⁷⁶⁰ V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

³⁷⁶¹ V. Code du cinéma et de l'image animée, article L. 213-1.

³⁷⁶² La nature du recours n'est pas qualifiée dans la loi. Il s'agit donc, dans le silence des textes, d'un recours pour excès de pouvoir.

³⁷⁶³ Cette compétence résultait du fait que la Médiateur du cinéma n'est pas un organisme collégial. Or, le Conseil d'État n'était compétent pour connaître des recours en dernier ressort que des organismes collégiaux à compétence nationale. Aujourd'hui, cette compétence du Tribunal administratif de Paris est confirmée, puisque l'article R. 311-1-4° du Code de justice administrative énumère limitativement les autorités sous le contrôle direct du Conseil d'État : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : 4° Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation: l'Agence française de lutte contre le dopage ; l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles ; l'Autorité de la concurrence ; l'Autorité des marchés financiers ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; l'Autorité de régulation des transports ferroviaires ; l'Autorité de sûreté nucléaire ; la Commission de régulation de l'énergie ; la Commission bancaire ; le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ».

³⁷⁶⁴ V. Code des transports, article L. 2134-3.

	réformation		
A.R.C.E.P. – Communications électroniques – Dans le cadre d'un règlement des différends ³⁷⁶⁵	Recours en annulation ou en réformation.	Cour d'appel de Paris	
A.R.C.E.P. – Communications électroniques – Dans le cadre d'une procédure de sanction ³⁷⁶⁶	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
CoRDIS de la C.R.E. ³⁷⁶⁷	Recours en annulation ou en réformation	Cour d'appel de Paris	Cour de cassation
Sanctions administratives			
A.R.A.F. ³⁷⁶⁸	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
A.R.C.E.P. – Secteur Postal ³⁷⁶⁹	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
A.R.C.E.P. – Communications électroniques ³⁷⁷⁰	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
CoRDIS de la C.R.E. ³⁷⁷¹	Elles peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction.	Conseil d'État.	
C.S.A. ³⁷⁷²	Recours de pleine juridiction	Conseil d'État	
H.A.D.O.P.I. ³⁷⁷³	Le recours n'est pas qualifié et a un effet suspensif	Cour d'appel de Paris	Cour de cassation

Quelles lignes de force se dégagent de ce tableau ? Il semble d'abord qu'une ligne se dégage pour attribuer la connaissance des recours contre les décisions de règlement des différends à la Cour d'appel de Paris, le Conseil supérieur de l'audiovisuel faisant à cet égard figure d'exception ; tandis que les recours contre les décisions répressives sont, eux, exclusivement du ressort du Conseil d'État, sauf en ce qui concerne la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet.

³⁷⁶⁵ V. Code des postes et des communications électroniques, article L.

³⁷⁶⁶ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-11.

³⁷⁶⁷ V. Code de l'énergie, article L. 134-23.

³⁷⁶⁸ V. Code des transports, article L. 2135-8.

³⁷⁶⁹ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 5-3.

³⁷⁷⁰ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-11.

³⁷⁷¹ V. Code de l'énergie, article L. 134-34.

³⁷⁷² V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-8.

³⁷⁷³ V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32. Cet article ne fait pas de distinction entre le recours contre les décisions de règlement des différends et celui qui s'exerce contre son pouvoir de sanction (lequel ne peut être déclenché qu'en cas de non-respect d'une décision de règlement des différends). Le code dispose seulement : « Les décisions de la Haute Autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif ».

Malgré ces différences, l'intensité du recours semble être la même. Le recours est un recours objectif de pleine juridiction. En revanche, il semble que le recours contre les mises en demeure préalables au prononcé d'une sanction soit du ressort de l'excès de pouvoir, comme un abondant contentieux semble l'attester³⁷⁷⁴.

II — Appréciation

La comparaison amène à mettre en évidence deux éléments : par rapport au Royaume-Uni, le recours est en France confié à des magistrats non spécialisés (A), ensuite, le choix de confier les recours à la Cour d'appel de Paris déroge aux règles normales du contentieux (B).

A — L'attribution des recours au juge

La connaissance des recours est donc confiée à des magistrats qui sont, a priori, non spécialisés (1). Néanmoins, une tendance à la spécialisation est apparue avec la volonté de faire de la Cour d'appel de Paris la juridiction économique au niveau national (2).

1 — Un contrôle opéré par des magistrats non spécialisés

1412. Même dans des domaines aussi spécialisés que ceux de la régulation, le législateur français ne voit aucun inconvénient à confier le contrôle de ces décisions à des magistrats non spécialisés. Malgré cette affirmation, une tendance s'affirme de plus en plus nettement à vouloir faire de la Cour d'appel de Paris une cour spécialisée en matière économique.

1413. Les magistrats qui connaissent des décisions des autorités sectorielles sont avant tout et exclusivement des juristes. La Cour d'appel de Paris est ainsi exclusivement composée de magistrats qui ont reçu par conséquent une formation juridique. Certes l'École nationale de la magistrature a pu diversifier son recrutement et introduire des formations en droit de la concurrence, mais la majorité des magistrats judiciaires sort de la faculté de droit et n'est pas recrutée sur des connaissances en économie. Il en est de même à la Cour de cassation. La Cour suprême de l'ordre judiciaire s'est toutefois adjoint les services d'éminents économistes, comme Frédéric Jenny. Avec la nomination de Frédéric Jenny à la Cour de cassation, en qualité de conseiller en service extraordinaire, « c'est la première fois, depuis la création de la

³⁷⁷⁴ V. concernant les mises en demeure du C.S.A. : Conseil d'État, 27 juin 2005, SARL Saprodif Méditerranée FM, n° 258402 ; Conseil d'État, 18 décembre 2009, Sté Canal Plus, n° 310646. V. concernant les mises en demeures de la C.N.I.L. : Conseil d'État, réf., 5 septembre 2008, Sté DirectAnnonces, n° 319071 : « Considérant que la mise en demeure prononcée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, sur le fondement des dispositions précitées du I de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, indique à la Société DirectAnnonces que, faute pour elle de se conformer aux injonctions qui lui sont adressées, elle s'expose à faire l'objet des sanctions mentionnées au même paragraphe ; que, dès lors, et contrairement à ce que soutient la commission, cette mise en demeure présente, non pas le caractère d'une mesure préparatoire, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, mais celui d'une décision de nature à être contestée par la voie d'un tel recours » ; Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Mechri, n° 262851.

Cour de cassation il y a plus de deux cents ans, qu'un professeur d'économie est nommé dans cette Haute Juridiction »³⁷⁷⁵.

1414. Quant au Conseil d'État, ses membres ont reçu une formation plus éclectique puisque le recrutement à l'entrée et à la sortie de l'École Nationale d'Administration comprend des épreuves d'économie. Toutefois, il ne semble pas que le Conseil d'État se soit adjoint les services d'économistes pour l'aider dans sa tâche de contrôle. Il lui est en revanche arrivé, en matière de contentieux des concentrations, de poser des questions préjudicielles à l'Autorité de la concurrence.

1415. Malgré ce constat, le législateur manifeste une volonté de faire de la Cour d'appel de Paris, la juridiction économique au niveau français. Cette spécialisation se traduit par une modification de l'organisation judiciaire au niveau national et par une spécialisation des structures internes de la Cour.

2 — *Le rôle nouveau de la Cour d'appel de Paris : de la splendeur à la misère*

1416. Cette attribution s'accompagne en fait de la volonté de spécialiser certains juges dans le traitement des affaires économiques. La Cour d'appel de Paris est ainsi devenue progressivement la juridiction de recours dans de nombreux secteurs économiques. Elle reçoit ainsi le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, de certaines décisions de l'autorité boursière, des décisions de règlement des différends des autorités sectorielles³⁷⁷⁶. La spécialisation de la Cour d'appel de Paris est particulièrement sensible en droit des pratiques anticoncurrentielles, elle est progressivement devenue la juridiction d'appel des décisions de nombreux tribunaux de première instance sur le territoire³⁷⁷⁷. Ce n'est pas seulement au niveau des compétences nationales que la Cour d'appel de Paris s'est spécialisée. Elle a en effet, sous l'impulsion du Premier président Magendie, créé une « chambre de la régulation », « bâtie autour du concept, finalement assez récent, d'« autorités indépendantes », plutôt qu'autour d'une matière juridique déterminée »³⁷⁷⁸. Afin d'assurer la cohérence de la jurisprudence, la réforme de la Cour d'appel a privilégié des structures de jugement stables : « la chambre est constituée d'un président et de deux conseillers, toujours les mêmes, auxquels se joignent au besoin, environ quatre ou cinq fois par an, le Premier président lui-même et un ou deux conseillers choisis dans le « vivier » qui, lui, a été maintenu. Le Parquet

³⁷⁷⁵ V. N. Charbit, F. Jenny, « Frédéric Jenny : Un économiste à la Cour », *Concurrences*, n° 1-2005, n° 12077, pp. 5-8.

³⁷⁷⁶ V. S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Coll. Précis, 10^e éd., n° 409. V. Code de l'organisation judiciaire, articles L. 311-11 à L. 311-13.

³⁷⁷⁷ V. M. Chagny, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* n° 4, avril 2011, dossier 10 : « La spécialisation des juridictions est intervenue en deux temps, en droit de la concurrence : après la loi NRE du 15 mai 2001 en arrêtant le principe pour le droit des pratiques anticoncurrentielles, la loi LME du 4 août 2008 a consacré une spécialisation similaire en droit des pratiques restrictives de concurrence, mais en la cantonnant à l'article L. 442-6 du Code de commerce. En dépit des différences existant entre ces deux parties du droit de la concurrence, le pouvoir réglementaire a fait le choix d'un périmètre identique (huit ressorts en première instance et une seule cour d'appel) ».

³⁷⁷⁸ V. T. Fossier, « La régulation judiciaire de la régulation économique – Interview », *Concurrences*, n° 4-2009, pp. 7-10.

général a également opté pour une organisation très concentrée, sur un seul avocat général »³⁷⁷⁹

1417. La volonté de spécialiser les juges s'est donc matérialisée par un accroissement des compétences de la Cour d'appel de Paris. Cette spécialisation permet aux magistrats de gagner en expérience dans ce domaine : « L'habitude à connaître d'un contentieux peut apparaître comme un facteur d'accroissement des connaissances et de l'aptitude »³⁷⁸⁰. Il ne semble pas toutefois que le mouvement vers la spécialisation se traduise par un effort particulier en termes de formation, comme c'est le cas pour le Competition Appeal Tribunal³⁷⁸¹.

1418. Mais cette volonté de spécialisation, qui s'était traduite par un élan et des moyens adéquats au départ, s'est heurtée à une réduction dangereuse des moyens de la chambre de la régulation, si bien que la doctrine peut à juste titre parler de la « misère de la justice économique française »³⁷⁸². David Bosco a dénoncé la tendance à accroître le champ de compétence de la chambre de la régulation tout en diminuant sensiblement ses moyens. Depuis 2010, seuls deux magistrats étaient spécialisés en droit de la concurrence à la Cour d'appel, si bien qu'avec le départ de Thierry Fossier à la Cour de cassation, il n'en reste qu'un seul. Cette chambre ne dispose « plus d'assistants de justice depuis la fin de l'année dernière », si bien qu'elle ne bénéficie que de l'aide d'« une demi-douzaine de stagiaires de passage seulement ». De surcroît, « il n'est pas possible de satisfaire leur demande d'assistants en économie et économétrie (en d'autres termes, seul le débat contradictoire leur permet d'apprécier les données économiques d'un litige, évidemment décisives en la matière) »³⁷⁸³.

1419. Le contrôle des décisions des autorités sectorielles est donc confié à des magistrats *a priori* généralistes, mais que la spécialisation de certaines juridictions amène à acquérir une connaissance plus intime de certains contentieux.

Le choix de faire de la Cour d'appel de Paris le juge de décisions administratives est un choix dérogoire, encadré désormais par la jurisprudence constitutionnelle.

³⁷⁷⁹ V. T. Fossier, « La régulation judiciaire de la régulation économique – Interview », *Concurrences*, n° 4-2009, pp. 7-10.

³⁷⁸⁰ V. M. Chagny, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », préc., n° 6 ; S. Rozes, « Un profil nouveau pour les juges », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot : Dalloz, 1996, p. 435 et suiv., spéc. p. 438.

³⁷⁸¹ V. ce vœu de Jean Marimbert : « Quelle que soit l'expérience antérieure des uns et des autres, il serait sans doute bon que l'on réfléchisse à la mise en place de cursus qui organisent rapidement un minimum de connaissances communes, notamment dans des matières où le droit et l'économie se rejoignent » (« L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie-Anne Frison-Roche *Droit et économie de la régulation*, tome 1, Presses de Sciences Po, Hors collection, 2004, pp. 179-183, spéc. p. 180).

³⁷⁸² V. D. Bosco, « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence) », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2011, repère 4. V. sur la pauvreté de la magistrature française : J.-Ch. Asselain, « Le budget du ministère de la Justice de la Restauration au seuil du XXI^e siècle », A.F.H.J., Juin 2006 ; J.-Ch. Asselain, *L'argent de la justice Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009.

³⁷⁸³ V. D. Bosco, « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence) », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2011, repère 4.

1420. Dans la huitième édition de son *Traité de droit administratif*, paru en 1980, André de Laubadère remarquait déjà la tendance croissante du législateur à dessaisir le juge administratif au profit du juge de droit commun³⁷⁸⁴. La distribution des recours dans les domaines étudiés marque davantage encore cette tendance et le « recul du « public » » que déplorait Jean-Jacques Israël³⁷⁸⁵.

1421. Face à ce mouvement dont on peut dire avec Martin Collet qu'il manque certainement de cohérence³⁷⁸⁶, le Conseil constitutionnel est venu apporter une limite. Sur le fondement de la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel consacre, dans une décision du 23 janvier 1987, un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République « selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique »³⁷⁸⁷.

1422. Le Conseil constitutionnel crée donc une réserve de compétence, un domaine réservé à la juridiction administrative, dans le domaine de l'annulation et de la réformation des actes administratifs, ce qui laisse de côté le contentieux de la responsabilité de la puissance publique et des contrats³⁷⁸⁸. Ce principe fondamental doit néanmoins être concilié avec d'autres principes, comme la bonne administration de la justice que pourrait remettre en question le fait, pour une législation ou une réglementation, de susciter des contestations contentieuses qui pourraient se répartir entre les deux juridictions.

1423. Le Conseil accepte ainsi le transfert de compétence au profit du juge judiciaire des décisions du Conseil de la concurrence au motif que les juges pénal, civil et commercial connaissent également, chacun dans leur champ de compétence, du contentieux des pratiques anticoncurrentielles.

³⁷⁸⁴ V. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 1, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 477 suiv..

³⁷⁸⁵ V. J. -J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 315

³⁷⁸⁶ V. M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, préc., spéc. pp. 263 suiv..

³⁷⁸⁷ V. Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, cons. 15 et 16, Recueil p. 8 (AJ 1987.345, note J. Chevallier ; JCP 1987.II.20854, note Sestier ; LPA 12 févr. 1987, note Sélinsky ; Gaz. Pal. 1987. Doct. 1.209, comm. Lepage-Jessua ; RFDA 1987.287, note Genevois ; RFDA 1987.301, note Favoreu ; RD publ. 1987.1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988.117, note F. Luchaire ; RA 1988.29, note Sorel ; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 38). Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, n° 89-261 DC, cons. 19 et 20 (J.O.R.F., 1^{er} août 1989, p. 9679 ; Recueil, p. 81) ; Conseil constitutionnel, 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, n° 2001-448 DC, cons. 102 et 103 (J.O.R.F., 2 août 2001, p. 12490 ; Recueil, p. 99) ; Conseil constitutionnel, 29 juillet 2005, Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale, n° 2005-519 DC, cons. 30 et 31 (3 août 2005, p. 12661, texte 3 ; Recueil, p. 129) ; Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], n° 2010-71 QPC, cons. 35 (J.O.R.F., 27 novembre 2010, p. 21119, texte 42). V. l'avis de F. Dreyfus, « Le débat en France », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique : colloque*, Paris, 11 et 12 mai 1990, Centre d'études et de recherches sur l'administration publique, Economica, 1991, spéc. p. 39 (critique du critère de bonne administration de la justice).

³⁷⁸⁸ V. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 38-9.

1424. Toutefois la décision dite « Conseil de la concurrence » montre que ce transfert ne doit pas se traduire par une diminution des garanties dont bénéficie le justiciable devant le juge administratif, ce qui justifie la censure de la loi, au motif qu'aucune demande de sursis à exécution n'était pas possible devant le juge judiciaire, car « le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense ».

1425. Le juge constitutionnel est aussi intervenu lors de la loi de 1996 de réglementation des télécommunications, acceptant le transfert des recours, contre les décisions de règlement des différends, au juge judiciaire³⁷⁸⁹. Dans cette affaire, le juge précise que ces décisions entrent bien dans le champ de la réserve de compétence découverte en 1987, puisque ces décisions sont des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Toutefois, dans ce cas aussi, l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en l'occurrence le risque d'un éclatement des compétences contentieuses, peut justifier la dérogation au principe fondamental reconnu par les lois de la République. Les litiges tranchés par l'autorité sectorielle sont en effet des litiges relevant du droit de la concurrence, et du droit commercial, car ils portent sur des contrats de droit privé. Aussi, au cas où les parties décideraient de ne pas saisir l'autorité administrative, ils pourraient se tourner vers l'autorité de la concurrence ou le juge du contrat. En conséquence, la loi permet d'unifier ce contentieux sous le contrôle de la Cour de cassation.

1426. Le choix de confier le contentieux des décisions de règlement des différends au juge judiciaire contrevient donc au principe protégeant la compétence de la juridiction administrative pour connaître de l'annulation ou de la réformation des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Toutefois, le Conseil constitutionnel reconnaît la légitimité de cette dérogation concernant l'ancienne Autorité de régulation des télécommunications, dans le souci d'une bonne administration de la justice. L'attribution de cette compétence ne s'est pas traduite par un ralentissement de la justice consécutive à d'éventuelles questions préjudicielles à la juridiction administrative sur l'appréciation de la légalité d'un acte administratif. Le moyen a toutefois été parfois soulevé, mais rejeté par la Cour d'appel de Paris³⁷⁹⁰.

³⁷⁸⁹ V. Conseil constitutionnel, Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, cons. 19 à 24 (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11400 ; Recueil, p. 99). V. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 38-15, p. 635.

³⁷⁹⁰ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 4 octobre 2005, Réseau de Transport d'Electricité (RTE) c. Compagnie Parisienne de Chauffage Urbain (CPCU), n° RG 2005/05502 : « considérant que le juge judiciaire ne peut accueillir une exception préjudicielle tirée de l'illégalité d'un acte administratif que si elle présente un caractère sérieux et porte sur une question dont la solution est nécessaire au règlement au fond du litige ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, les modifications apportées dans le décret du 19 juillet 2002 à la proposition de la Commission, qui concernent la définition des niveaux de tension BT et HTA et non pas les autres dispositions du décret notamment celles relatives au niveau de tension HTB2 en l'espèce applicable, étant étrangères à la solution du litige ». V. aussi Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Société Usine hydroélectrique des forges de Lanouée, n° RG 05/12409 ; 13 décembre 2005, E.D.F. c. Société Nuages, n° RG 05/12406. La règle est en effet, comme le rappellent les auteurs des Grands arrêts du contentieux administratif qu'« une juridiction judiciaire peut avoir besoin de l'éclairage du juge administratif sur l'interprétation d'un acte administratif individuel (elle est habilitée à interpréter les actes réglementaires) ou l'appréciation de validité (ou de légalité) d'un acte administratif de nature individuelle ou réglementaire (v. sur ce point : T. confl. 16 juin 1923, Septfonds, G.A.J.A., préc., n° 39) » (Les grands arrêts du contentieux administratif, préc., n° 9-1). Sur le caractère sérieux de la question : V. Les grands arrêts du contentieux administratif, préc., n° 9-2, pp. 192-193).

1427. Peut-on percevoir une logique dans cette construction législative ? Pour Jean Massot, alors que la politique législative semblait au départ suivre un cheminement cohérent avec le principe selon lequel la compétence suivant le fond, les tribunaux judiciaires devaient rester les juges naturels des questions contractuelles et des « contestations de droit privé et plus particulièrement du droit qui s'applique à la régulation du marché, alors que le juge administratif reste compétent pour les mesures relevant traditionnellement de la police administrative »³⁷⁹¹. Effectivement, cette description s'applique bien à la démarcation entre les décisions de règlement des différends qui relèvent assez généralement du juge judiciaire et les mesures de sanction, pour lesquelles seul le juge administratif est compétent. Toutefois, cette logique se heurte au cas du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Conclusion du § 2

Le choix de confier les recours contre les décisions de règlement des différends des autorités sectorielles au juge judiciaire déroge donc au principe découvert par le juge constitutionnel en 1987.

Malgré cette dérogation, et l'éclatement des recours qu'elle provoque quant au contrôle des décisions que les autorités sectorielles prononcent dans l'exercice de leur fonction contentieuse, il n'en reste pas moins que la France fait le choix du juge quand le Royaume-Uni fait celui d'une instance experte en plus d'être spécialisée. L'éclatement sans cohérence profonde des recours ne facilite pas la lisibilité du système juridique. On peut certes dégager certaines lignes de force, mais elles ne résistent pas à la généralisation. Le législateur a choisi de confier au juge judiciaire la connaissance des recours contre les décisions de règlement des différends et au juge administratif le contrôle des décisions répressives. Le pouvoir de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel, celui du Médiateur du cinéma et le pouvoir de sanction de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet dérogent à ces règles.

Une constante semble toutefois émerger de ce chaos. La nature du recours semble être, dans les textes, identique. Il s'agit, à chaque fois, d'un recours objectif de pleine juridiction, si bien qu'au total, le choix français semble compatible avec les exigences de la Convention et de l'Union européenne. On peut émettre des doutes sur l'exigence de l'article 4 de la directive dite « cadre » qui impose que l'organe de recours soit doté des compétences nécessaires pour connaître des décisions de l'autorité des communications électroniques. Mais, dans les textes, les recours semblent compatibles.

Conclusions de la Section 1

La mise en œuvre du contrôle de légalité des autorités sectorielles met donc face à face deux modèles, deux choix opposés, qui s'inscrivent dans les traditions administratives nationales, tout en comprenant certains éléments de renouveau. La France choisit de faire confiance à sa magistrature tandis que le Royaume-Uni la délaisse, préférant créer un organisme *ad hoc*. Le

³⁷⁹¹ V. J. Massot, « La répartition du contentieux entre les deux ordres », RFDA 2010 p. 907-911, spéc. p. 910.

modèle du *tribunal* dans ce pays exprime le choix, opéré depuis longtemps, de confier le contentieux administratif à des instances spécialisées, d'écarter le juge de droit commun.

Aucun de ces modèles n'est d'ailleurs entièrement satisfaisant. Le modèle anglais offre l'avantage d'une juridiction réellement indépendante, experte et dotée de moyens importants, mais le nombre de décisions reste limité et le contentieux certainement très onéreux. Le modèle français, au moins dans son volet judiciaire, offre l'ensemble des garanties qu'une juridiction ordinaire peut offrir, mais souffre certainement de son manque d'expertise et d'un cruel déficit de moyens.

L'élément de cohérence qui régit le droit français réside dans la nature du recours. Là où le Royaume-Uni laisse encore trop de décisions, même dans le champ répressif, uniquement contrôlées par la voie du *judicial review*, la France a établi un standard de pleine juridiction qui s'applique à tous les ordres juridictionnels concernés.

Quelles sont à présent les modalités du contrôle de légalité ?

Section 2 — *Les modalités du contrôle de légalité*

Il faudra étudier successivement les préalables à la saisine du juge, l'existence de recours administratifs et les demandes de sursis (§1). Ensuite, il faudra analyser les caractères du recours (§2) avant de s'intéresser aux éventuelles suites du recours (§3).

*

§1 – Les préalables à la saisine du juge

§2 – Les caractères du recours

§3 – Les suites du recours

*

§ 1 — Les préalables à la saisine du juge

Avant d'entreprendre le contrôle de la décision au fond par le juge, l'entreprise victime d'une décision d'une autorité sectorielle peut, le cas échéant introduire des recours administratifs (I), elle peut aussi demander la suspension de l'exécution de la décision (II). Il faudra, finalement, s'intéresser aux délais de recours (III).

I — Les recours administratifs

1428. Avant d'étudier l'existence et les modalités d'exercice des recours administratifs en France et au Royaume-Uni, il est nécessaire d'écarter une objection préalable, tirée du droit de l'Union européenne. La Cour de justice a en effet jugé, dans l'arrêt Fuss, que « l'obligation systématique d'intenter un recours administratif préalablement à la saisine du juge » violait le principe d'effectivité : « il serait », en effet, « contraire au principe d'effectivité d'imposer aux personnes lésées d'avoir systématiquement recours à toutes les voies de droit à leur disposition quand bien même cela engendrerait des difficultés excessives ou ne pourrait être raisonnablement exigé d'elles »³⁷⁹². En conséquence, « le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui subordonne le droit pour un travailleur relevant du secteur public d'obtenir la réparation du dommage subi du fait de la violation, par les autorités de l'État membre concerné, de l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 à la condition qu'une demande préalable ait été adressée à son employeur en vue d'obtenir le respect de cette disposition ». Sans que l'on puisse clairement encore établir la portée de cette décision, Laurent Coutron considère qu'elle ne doit pas être surestimée. La

³⁷⁹² V. C.J.U.E., 25 novembre 2010, Günter Fuß c. Stadt Halle, C-429/09, point 77 : Revue trimestrielle de droit européen 2011 p. 173, spéc. p. 184, note J. Coutron.

Cour étant saisie d'une question préjudicielle, la solution pourrait être cantonnée au dispositif en vigueur : « la portée de l'arrêt Fuss semble devoir être limitée au droit de la fonction publique » pour cet auteur, qui prend pour cela argument de l'arrêt du 18 mars 2010 Alassini³⁷⁹³ qui valide « l'utilisation des recours préalables obligatoires en droit de la consommation »³⁷⁹⁴. Néanmoins, il ressort tout de même de cet arrêt qu'une procédure extrajudiciaire, comme le recours administratif préalable, ne doit pas altérer « le déroulement d'une éventuelle procédure contentieuse ultérieure »³⁷⁹⁵. C'est dans cette mesure que le recours administratif préalable pourra être compatible avec le droit de l'Union européenne.

Il faut donc étudier à présent l'exercice des recours administratifs préalables en France (A), ainsi qu'au Royaume-Uni (B).

A — L'exercice de recours administratifs en matière de régulation en France : une possibilité ouverte de manière générale

1429. Comme le résume Jean Waline : « Le recours administratif existe sans texte, n'est enfermé dans aucun délai et n'est lié par aucun formalisme ». De surcroît, « l'Administration n'a jamais l'obligation juridique de statuer sur le recours qui lui est présenté et, le plus souvent, celui-ci donnera lieu à une décision implicite de rejet »³⁷⁹⁶.

1430. Dans certains cas, ce recours est obligatoire, le justiciable devant d'abord former une requête devant l'Administration avant de saisir le juge³⁷⁹⁷.

1431. Dans les secteurs régulés, le législateur n'impose pas de recours administratif préalable obligatoire. Ces recours sont néanmoins courants, mais le statut d'autorité administrative indépendante de ces instances exclut que ces recours puissent être portés devant le ministre. Le Conseil d'État a précisé à cet égard que « l'indépendance à l'égard de l'exécutif implique [...] l'absence de pouvoir hiérarchique et de pouvoir de tutelle sur l'institution qui ne reçoit ni ordre ni instruction du Gouvernement »³⁷⁹⁸. La même situation doit se retrouver à l'intérieur même de l'autorité lorsque le législateur a, comme dans le cas de la Commission de régulation de l'énergie ou de l'Autorité des marchés financiers, isolé la fonction

³⁷⁹³ V. C.J.U.E., 18 mars 2010, Alassini, C-317 à 320/08, D. 2011. 265, obs. N. Fricero ; ibid. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron.

³⁷⁹⁴ V. J. Coutron, note préc. p. 184.

³⁷⁹⁵ V. J. Coutron, note préc. p. 184. V. aussi L. Coutron, « L'infiltration des garanties du procès équitable », in C. Picheral (dir.), Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne, à paraître chez Bruylant.

³⁷⁹⁶ V. J. Waline, Droit administratif, préc., n° 521 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., pp. 60-61. On distingue dans les recours administratifs le recours gracieux, présenté à l'auteur même de la décision, du recours hiérarchique formé au supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision.

³⁷⁹⁷ V. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, Droit administratif, préc., p. 61 : « Du recours facultatif, toujours possible même sans texte, se distingue le recours administratif préalable obligatoire à la saisine du juge (RAPO). (...). L'objectif est d'éviter le procès. En tant qu'ils sont ainsi tout à la fois un instrument de protection des citoyens et un mode de prévention du contentieux, les recours administratifs sont aujourd'hui au cœur des réflexions sur la réforme de la justice administrative. V. Conseil d'État, Les recours administratifs préalables obligatoires, Études du Conseil d'État, 2008.

³⁷⁹⁸ V. Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, p. 291. La seule hypothèse dans laquelle un recours gracieux peut être porté devant le ministre, c'est lorsque celui-ci exerce son pouvoir d'homologation de certaines décisions des autorités sectorielles (par ex. Conseil d'État, 19 juin 2009, Société 118218 Le Numéro, n° 310452 et 310454).

contentieuse en créant une instance indépendante. L'existence de cette instance indépendante semble exclure la possibilité, pour le président de l'Autorité, de réformer la décision.

1432. Aussi, lorsque la fonction contentieuse n'a pas été rendue indépendante, les justiciables peuvent former un recours devant l'autorité elle-même, recours par conséquent gracieux³⁷⁹⁹. Le Conseil d'État a toutefois réduit le champ des décisions des autorités administratives indépendantes susceptibles de bénéficier d'un recours gracieux. Les sanctions prises par ces instances semblent donc exclues du bénéfice du recours gracieux. Le Conseil d'État a en effet considéré qu'« Eu égard à la nature, à la composition et aux pouvoirs de la commission de contrôle des assurances, la procédure particulière instituée par ces dispositions fait obstacle à ce que les décisions de sanction qu'elle prend puissent faire l'objet de la part des personnes sanctionnées, dans le délai qui leur est imparti pour l'introduction d'un recours de plein contentieux, d'un recours gracieux interrompant le cours de ce délai »³⁸⁰⁰.

Il semble donc qu'au terme de cette jurisprudence le recours gracieux ne soit ouvert que contre les mises en demeure de ces organismes et non contre les décisions de sanction³⁸⁰¹.

Qu'en est-il au Royaume-Uni ?

B — L'aménagement très rare de possibilités de recours internes au Royaume-Uni

1433. L'existence de recours administratif préalable obligatoire au Royaume-Uni est bien documentée. Dans de nombreux domaines concernant l'attribution de bénéfices sociaux, les requérants doivent exercer un recours interne avant de pouvoir engager une procédure devant les tribunaux³⁸⁰².

1434. Existe-t-il un droit général à un recours administratif en droit anglais ? Certains jugements semblent indiquer que la mise en place d'un recours administratif doit avoir une base légale, dans la loi ou dans le règlement de l'autorité en question³⁸⁰³. Si l'autorité

³⁷⁹⁹ V. Pour le C.S.A. : Conseil d'État, 16 mars 2011, Société TF1, n° 334289 ; 30 août 2006, Assoc. Free Dom, n° 276866 ; 19 mars 2003, Société Canal Plus, n° 234487, Rec. CE, table, p. 979. Pour l'A.R.C.E.P. : Conseil d'État, 23 avril 2003, France Télécom, n° 233063 ; Conseil d'État, 2 avril 2010, Société Mediaserv, n° 319816.

³⁸⁰⁰ V. Conseil d'État, 5 décembre 2001, Sté CAPMA-CAPMI, n° 203591 ; Conseil d'État, 4 avril 1999, GIE Oddo-Futures, n° 182421 : « Les dispositions du décret du 21 mars 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement du conseil du marché à terme, qui prévoient que le commissaire du gouvernement peut demander une deuxième délibération du conseil et que les personnes sanctionnées et le ministre chargé de l'économie et des finances disposent d'un délai de deux mois pour saisir le Conseil d'État d'un recours de pleine juridiction, n'ouvrent pas la possibilité à la personne sanctionnée de saisir le conseil du marché à terme d'un recours gracieux dirigé contre la sanction dont il est l'objet ».

³⁸⁰¹ V. E. Guillaume, L. Coudray, *Autorités de régulation (Contentieux des)*, Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 130.

³⁸⁰² V. D. Cowan, S. Halliday, *The appeal of internal review: law, administrative justice, and the (non-) emergence of disputes*, Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2003, spéc. p. 4 ; M. Harris, « The Place of Formal and Informal Review in the Administrative Justice System », in *Administrative justice in the 21st century*, préc., pp. 42 suiv. ; The Law Commission, *Administrative Redress: Public Bodies And The Citizen*, A Consultation Paper n° 187, p. 12.

³⁸⁰³ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 779-780 et p. 791, note 193. Ces auteurs nient toute possibilité de recours interne sans autorisation législative. Il semble que la règle dépende du contexte. Si le législateur crée un *tribunal* et lui donne un pouvoir de décision, ce pouvoir ne peut être exercé que par lui et ne donne pas droit à un recours interne. V. *Akewushola v Secretary Of State For The Home Department* [2000] 1 W.L.R. 2295 : « Held that, once it had reached a final decision on an appeal, there was no power under the Rules of 1984 enabling the Immigration Appeal Tribunal, let alone its chairman acting on his own, to rescind or

administrative ne met pas en place d'instance interne de recours, le seul recours ouvert est un recours externe, en *judicial review*, ou en « appel », si ce dernier existe³⁸⁰⁴. Dans les secteurs régulés, seul Ofcom, à notre connaissance, a mis en place un système de recours en interne, mais qui n'est pas disponibles contre les décisions de sanctions, seules les constatations de manquement peuvent être éventuellement portées devant ce comité.

1435. Au total, le droit du recours préalable diffère sensiblement dans les deux pays. Alors que les justiciables bénéficient d'un droit général à un recours administratif en France, celui-ci est largement encore informel au Royaume-Uni, aux dires de Carol Harlow et Richard Rawlings³⁸⁰⁵.

1436. Au Royaume-Uni, malgré la tendance à privilégier ces recours, peu d'autorités sectorielles ont mis en place de telles procédures. Lorsqu'Ofcom a souhaité entreprendre une consultation du secteur qu'il contrôle, les entreprises l'ont engagé à introduire un mécanisme de recours interne contre les sanctions. Ofcom a rejeté cette proposition au motif que la mise en place d'un tel mécanisme était trop compliquée et que le recours en *judicial review* permettait de corriger les défauts de la procédure³⁸⁰⁶.

1437. Ainsi, préalablement à la saisine des tribunaux, les requérants peuvent, de manière générale en France et de manière très limitée au Royaume-Uni, introduire un recours administratif. Qu'en est-il à présent de la possibilité de demander un sursis à exécution de la décision ? Qu'en est-il d'ailleurs plus généralement du caractère exécutoire de la décision administrative au Royaume-Uni ?

II — La demande de sursis à exécution

L'état du droit n'est pas, dans ces secteurs, caractérisé par une grande homogénéité. Il faut d'abord étudier la position du droit de l'Union européenne ainsi que celui de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme quant à cette question (A), avant d'examiner

declare its previous decision a nullity; that, as in the case of any statutory tribunal not explicitly and unequivocally excluded by privative legislation from such review, any procedural error by the tribunal could only be corrected by the High Court; and that, accordingly, the chairman of the first tribunal had had no jurisdiction to rescind his tribunal's decision and the second tribunal had been right to regard itself as without jurisdiction ».

³⁸⁰⁴ V. par ex. *Cramp v Hastings BC* [2005] H.L.R. 48 : « It should be borne in mind that this judgment comes from the days when there was no internal review procedure provided for by statute, and an applicant's only way of challenging an adverse decision on a homelessness application was by way of judicial review in the High Court » (§ 13).

³⁸⁰⁵ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., spec. p. 456. V. aussi R. Sainsbury, « Internal reviews and the weakening of social security claimants' right of appeal », in *Administrative law and government action: the courts and alternative mechanisms of review*, G. Richardson, H. Genn (eds), Oxford, Clarendon Press, 1994, spec. pp. 288-289.

³⁸⁰⁶ V. Ofcom, *Review of procedures for handling broadcasting complaints, cases and sanctions*, Consideration of responses, 16 December 2009, §§ 2-56. Il est intéressant de citer *in extenso* la justification du refus opposé par Ofcom afin de manifester le manque total de culture et de connaissance juridique de cette instance : « Ofcom accepts that a Sanctions decision is the most serious decision taken by Ofcom in this area. It is for this reason that such a decision is taken by a subcommittee of the Ofcom Board. Were Ofcom to grant internal reviews of Sanctions decisions, this would require the constitution of further sub-committees with different members. This would be impractical as a matter of process. Since the rights to a fair hearing of broadcasters under Article 6 of the European Convention on Human Rights are respected through the judicial review process, Ofcom does not consider it appropriate to establish an internal review of a Sanctions decision ».

précisément la question, dans les droits nationaux et la manière dont les législateurs français (B) et anglais (C) ont aménagé ces recours dans les secteurs étudiés.

A — Les droits européens, le caractère exécutoire de la décision administrative européenne et la possibilité de formuler une demande de suspension

Il faut étudier d'une part l'impact de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur la possibilité de demander la suspension d'une décision administrative (1) et d'autre part l'impact du droit de l'Union européenne (2).

1 — La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le droit à un recours effectif et le droit à la suspension d'une décision administrative

1438. La Cour européenne a eu à répondre à la question de la portée du droit à un recours effectif, prévu à l'article 13 de la Convention, dans une affaire *Souza Ribeiro c. France*³⁸⁰⁷. Plus précisément, la question était de savoir si le droit à un recours effectif comportait un droit à la suspension de la décision administrative, en l'occurrence une mesure de reconduite à la frontière : « ce recours, non suspensif, était [-il] « effectif » au sens de l'article 13 » ? La Cour aboutit à une réponse négative.

1439. L'effectivité du recours prévu à l'article 13 impose que les États membres mettent en place, lorsqu'une mesure nationale porte atteinte à un droit protégé par la convention, un recours qui permette à un juge de décider de la légalité de la mesure. En revanche, la Cour juge que « l'« effectivité » du recours prévu par l'article 13 de la Convention n'exige pas, en principe, que ce recours ait un effet suspensif ». La seule exception à cette règle serait l'hypothèse dans laquelle « l'exécution de la décision contestée peut avoir des conséquences potentiellement irréversibles », par exemple sous l'angle de la protection contre la torture³⁸⁰⁸.

1440. Aussi, l'absence de caractère irréversible du recours, joint à la marge nationale d'appréciation que la Cour accorde aux États contractants dans ce domaine, ne crée pas une dérogation à la règle du caractère exécutoire des décisions administratives.

Qu'en est-il à présent de la position du droit de l'Union européenne ?

2 — Le droit de l'Union européenne et le caractère exécutoire d'une décision administrative

1441. Dans les secteurs des communications électroniques et de l'énergie, les directives précisent que les décisions des autorités réglementaires nationales sont immédiatement exécutoires et que le recours n'est pas suspensif. Dans le domaine des communications électroniques, les directives laissent la possibilité de formuler une demande de suspension. Dans le domaine énergétique, les directives se contentent d'affirmer le caractère non suspensif du recours.

1442. Le droit de l'Union européenne, dans le secteur des communications électroniques, affirme le caractère en principe non suspensif du recours : « Dans l'attente de l'issue de la

³⁸⁰⁷ V. C.E.D.H., 5^e sect., *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07.

³⁸⁰⁸ V. C.E.D.H., 5^e sect., *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, spéc. § 43.

procédure, la décision de l'autorité réglementaire nationale est maintenue, sauf si des mesures provisoires sont octroyées conformément au droit national »³⁸⁰⁹. Dans le domaine énergétique, le droit de l'Union européenne affirme aussi nettement le caractère immédiatement exécutoire de la décision de règlement des différends : « La décision de l'autorité de régulation est contraignante pour autant qu'elle ne soit pas annulée à la suite d'un recours »³⁸¹⁰. Et, de manière générale, les directives énergie confèrent à toute partie lésée le droit de déposer une « plainte » contre une décision d'une autorité réglementaire nationale, laquelle n'a pas d'effet suspensif³⁸¹¹.

1443. En conséquence, le droit de l'Union européenne consacre largement le caractère immédiatement exécutoire des décisions administratives des autorités réglementaires nationales et le caractère en principe non suspensif du recours. Dans le domaine énergétique, les stipulations des directives ne semblent pas interdire la possibilité de formuler une demande de suspension.

1444. Néanmoins la jurisprudence européenne a mis en avant l'importance de la demande de suspension pour protéger les droits que les particuliers peuvent tirer de l'ordre juridique européen. L'avocat général Tesauro explique ainsi que l'absence de procédure de suspension dans un État membre pourrait avoir pour conséquence de priver d'efficacité le contrôle juridictionnel, car, est un « principe acquis depuis longtemps dans la doctrine juridique générale et selon lequel la nécessité de recourir au procès pour obtenir gain de cause ne doit pas jouer au détriment de celui qui a raison ». Ainsi, la demande de suspension a pour « objectif de faire en sorte que le temps nécessaire à la vérification du droit ne finisse pas par vider irrémédiablement de son contenu le droit en question en supprimant les possibilités de l'exercer, bref, de réaliser cet objectif fondamental de tout ordre juridique qu'est le caractère effectif de la protection juridictionnelle ». La demande de suspension renforce à cet égard « l'efficacité et la fonction mêmes du procès »³⁸¹². Il s'agissait dans l'arrêt *Factortame* de la suspension d'une loi en attendant la réponse de la Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle. Toutefois, il est possible de conférer une portée générale à cette solution, pour affirmer que la jurisprudence de la Cour confère aux citoyens européens un droit à la suspension d'une décision administrative lorsque celle-ci est susceptible de porter atteinte à un droit qu'ils tirent du droit de l'Union européenne. Dès lors qu'une juridiction est saisie

³⁸⁰⁹ V. Directive 2202/21/CE dite « cadre » modifiée, article 4 §1.

³⁸¹⁰ V. Directive 2009/72/CE, article 37-11 ; Directive 2009/73/CE, article 41-11.

³⁸¹¹ V. Directive 2009/72/CE, article 37-12. Directive 2009/73/CE, article 41-12.

³⁸¹² V. Conclusions de l'avocat général Tesauro présentées le 17 mai 1990 sous l'arrêt *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89 (Recueil de jurisprudence 1990 page I-02433), spéc. § 18. V. C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame* et autres, aff. C-213/89, Rec. I. 2433 ; D. Simon, A. Barav, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *Rev. Marché commun* 1990, p. 591. V. C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, Rec. I. 415 ; C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft E.A. [I]*, aff. C-465/93, Rec. I. 3761 ; 9 nov. 1995, *Fruchthandels-gesellschaft E.A. [II]*, aff. C-466/93, Rec. I. 3799, Europe janv. 1996, n° 18, obs. F.G. et D.S., JDI 1996. 471, obs. D.S.. V. J. Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, 1995, Bruylant ; R. Mehdi, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence », *RTD eur.* 1996, p. 77 ; J.-M. Février, « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA* 1995, p. 867 ; D. Simon, *Directive, Répertoire de droit communautaire*, n° 64 ; J. Molinier, *Primauté du droit communautaire, Répertoire de droit communautaire*, n° 28.

d'une question portant sur la compatibilité d'une décision administrative avec le droit de l'Union européenne, elle doit pouvoir prononcer une suspension³⁸¹³.

Qu'en est-il des aménagements prévus dans les droits internes ?

B — En droit français, du droit commun des recours aux aménagements législatifs chaotiques

Le législateur a dû être cohérent avec ces choix en matière de recours. Il a dû créer la possibilité de demander la suspension des décisions soumises au contrôle de la Cour d'appel de Paris pour respecter la jurisprudence constitutionnelle. La demande de suspension des sanctions ayant le caractère d'une punition fait en effet partie des droits de la défense pour le Conseil constitutionnel³⁸¹⁴.

Les recours en suspension sont donc soumis, selon le cas, aux standards du code de procédure civile ou à celui du code de justice administrative. Il n'est pas assuré que le standard civil soit plus favorable au requérant.

1 — L'état du droit positif : les standards de suspension de la procédure civile et de la procédure administrative

1445. Après avoir établi qu'en principe le recours n'est pas suspensif en droit français — solution que consacre le législateur dans les secteurs régulés —, et après avoir exposé les critères de la demande de suspension en droit administratif, il faudra faire état de la situation du droit dans les différents secteurs. Il apparaît bien que le choix du juge administratif ou judiciaire entraîne, selon les cas, l'application des principes classiques de la demande de suspension organisée par les codes processuels de ces différents ordres de juridiction.

1446. En droit administratif, il est constant que le recours contre une décision administrative n'a pas de caractère suspensif. Les requérants disposent toutefois de la faculté de demander au juge des référés la suspension des décisions les concernant. L'article L. 521-1 du Code de justice administrative permet au juge de demander une suspension, accessoire à une demande

³⁸¹³ V. O. Dubos, Droit administratif et droit communautaire, JurisClasseur Droit administratif, fasc. n° 24, n° 192 : « Pour assurer l'effectivité du droit communautaire, la Cour de justice a posé en principe que les juridictions nationales doivent pouvoir ordonner des mesures provisoires à l'encontre d'un acte national supposé illégal au regard du droit communautaire » ; R. Mehdi, Ordre juridique communautaire – Primauté du droit communautaire, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. n° 196, n° 117 ; M. Eliantonio, Europeanisation of administrative justice? The influence of the ECJ's case law in Italy, Germany and England, préc., p. 235 ; B. Nabli, L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne : étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire : le cas français, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 63, 2007, spéc. pp. 475 suiv..

³⁸¹⁴ V. Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, cons. 22 : « compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense ».

au fond, lorsque « l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »³⁸¹⁵.

1447. La situation dans les secteurs régulés n'est pas homogène. Deux situations se rencontrent.

1448. Dans la plupart des secteurs, le législateur a consacré la solution du droit commun : le recours contre les décisions des autorités sectorielles est en principe non suspensif. Les seuls recours suspensifs sont les recours contre les décisions de règlement des différends et de sanction de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet³⁸¹⁶, ainsi que le recours contre les sanctions pécuniaires de l'Autorité ferroviaire³⁸¹⁷, et les décisions de retrait prononcées sans mise en demeure préalable par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

1449. Le législateur n'a donc modifié la solution commune, le caractère en principe non suspensif du recours, que dans quelques cas. Toutefois, la demande de suspension étant une exigence constitutionnelle, le législateur confère au justiciable cette possibilité. Lorsque le recours est du ressort du Conseil d'État, la demande de suspension obéit aux règles du référé suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

1450. En revanche la demande de suspension devant la Cour d'appel de Paris répond à des critères différents, issus de la procédure civile³⁸¹⁸. En général, les textes posent deux conditions alternatives au prononcé de la suspension : si la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité³⁸¹⁹. Les hypothèses de suspension devant le juge judiciaire ne s'attachent donc qu'aux conséquences de la décision et pas à un soupçon quelconque d'illégalité.

Comment la jurisprudence a-t-elle appliqué ces dispositions ?

³⁸¹⁵ V. Code de justice administrative, article L. 521-1 ; V. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., n° 652-653 suiv.. V. pour des ex. dans le domaine des secteurs régulés : Conseil d'État, ord., 23 août 2005, Association Française des Opérateurs de Réseaux et Services de Télécommunications (AFORS Télécom), n° 283266 : *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n° 5, pp. 99-100, note A. Claeys.

³⁸¹⁶ V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32 : « Les décisions de la Haute Autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif ».

³⁸¹⁷ V. Code des transports, article L. 2135-8.

³⁸¹⁸ V. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, préc., n° 1200 suiv..

³⁸¹⁹ C'est aussi les mêmes critères en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles et boursières : V. Code de commerce, articles L. 464-7, L. 464-8 (« Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité ») ; Code monétaire et financier, article L. 621-30 (« Ces recours n'ont pas d'effet suspensif sauf si la juridiction en décide autrement. Dans ce cas, la juridiction saisie peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision contestée si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives »). En matière financière, la survenance de faits postérieurs n'est pas susceptible de justifier une suspension : ce domaine est donc spécifique. V. *JurisClasseur Procédure civile*, Compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris, Fasc. 395, n° 106 suiv.. Ce standard est celui du code de procédure civile qui permet « En application de l'article 524 du Nouveau Code de procédure civile, [au] premier président de la cour d'appel (...), dans certaines circonstances, lorsque la loi interdit l'exécution provisoire ou lorsque celle-ci risquerait d'entraîner des conséquences manifestement excessives, [d']arrêter l'exécution provisoire d'une décision l'ayant ordonnée » (V. *JurisClasseur Procédure civile*, Référés, Fasc. 473, n° 20).

1451. Concernant tout d'abord l'application du référé suspension aux décisions des autorités sectorielles, le juge des référés du Conseil d'État fait application des conditions classiques du référé, sans que l'on puisse déceler ici une quelconque spécificité. Le juge a ainsi précisé que la condition relative à l'urgence doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ». Le juge doit apprécier cette condition de manière concrète, en fonction des effets de cette décision sur la situation du requérant ou des personnes concernées³⁸²⁰. Aussi, pour Daniel Giltard, le juge de l'urgence doit « tenir compte de manière globale et objective des circonstances de l'espèce et procéder à une balance des intérêts en cause »³⁸²¹. La seconde condition requiert que le juge soit satisfait de l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Pour Didier Chauvaux, la suspension doit être normalement prononcée « dès lors qu'une annulation paraît suffisamment vraisemblable, alors même qu'elle n'est nullement acquise »³⁸²².

1452. Le juge administratif a été amené à se prononcer sur l'application de ces conditions concernant une décision de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il s'agissait d'un différend entre la société Canal + Distribution et les sociétés NRJ 12 et BFM TV. Le juge des référés fait une application classique des conditions de la demande de suspension. L'urgence est constituée dans les circonstances particulières de l'espèce par « le risque de perturbations successives dans le plan de services de l'offre Canalsat », risque « susceptible de comporter des conséquences graves pour le distributeur de ces services et pour les téléspectateurs ». Le doute sérieux quant à la légalité de la décision est éveillé par l'apparence d'erreur de droit dans la manière dont le Conseil supérieur de l'audiovisuel aurait interprété les dispositions législatives pertinentes, à la lumière des travaux préparatoires, relatives à la numérotation des chaînes³⁸²³. Le juge du fond, saisi du litige, confirmera d'ailleurs l'illégalité de la décision³⁸²⁴.

1453. Dans les rares affaires dans lesquelles la Cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur une demande de suspension d'une décision de règlement des différends, il semble que la condition d'urgence, seule condition posée par le législateur, soit plus difficile à remplir que devant le juge administratif. Le législateur fait en effet référence aux conséquences manifestement excessives que la décision de règlement des différends serait amenée à produire. Ainsi, devant la Cour d'appel de Paris, une partie qui demande le bénéfice d'un sursis à exécution ne peut critiquer « le fond de la décision, [...] en raison du principe d'exécution immédiate »³⁸²⁵ et, pourrait-on rajouter, parce que le législateur ne l'impose pas.

³⁸²⁰ V. Conseil d'État, Sect., ord., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, Recueil Lebon, p. 29, concl. L. Touvet, p. 20, RFDA 2001.378, concl. Touvet, AJDA 2001.152, chron. M. Guyomar et P. Collin.

³⁸²¹ V. D. Giltard, Urgence (Procédures d'), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 129. V. aussi M. Lombard, « Référé-suspension et autorités de régulation », Droit Administratif n° 8, août 2005, comm. 125.

³⁸²² V. D. Chauvaux, concl. sous Conseil d'État, Sect., 28 février 2001, Philippart et Lesage, n° 230112 et 230520, Recueil Lebon, p. 111, RFDA, 2001, p. 390.

³⁸²³ V. Conseil d'État, ord., 16 février 2010, Société Canal + Distribution, n° 335337 ; E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 200.

³⁸²⁴ V. Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336, A.J.D.A., 2010, p. 1924, comm. D. Botteghi, A. Lallet ; R.F.D.A., 2010, p. 1078.

³⁸²⁵ V. Cour d'appel de Paris, ord., 3 février 2011, Société Numéricable S.A.S. c. Société France Télécom S.A., n° 2010/24436. On trouve une autre décision, dont l'intérêt n'est qu'anecdotique. La Cour d'appel de Paris a en

À la différence du référé devant le juge administratif, les moyens tenant à l'illégalité supposée de la décision ne peuvent être accueillis³⁸²⁶.

1454. Devant la Cour d'appel de Paris, la société Numéricable se plaignait essentiellement des délais prescrits par l'Autorité de régulation des communications électroniques, délai dont la brièveté serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives. Mais la Cour balaye cet argument au motif que la fixation d'un délai était précisément l'objet de la demande de France Télécom, qui avait été obligé de saisir l'Autorité face à la mauvaise volonté de Numéricable, qui aurait pu tout aussi se rapprocher de France Télécom pour négocier un délai raisonnable de transition.

1455. La Cour ajoute que le sursis à exécution prévu par le législateur devant elle bénéficie d'un « champ [...] strictement limité par la notion de « circonstances exceptionnelles » ». Ainsi conçu, il semble que la demande de suspension devant le juge judiciaire soit plus difficile car, alors que pour Canal +, il s'agissait d'une question de numérotation de chaînes, il s'agissait pour Numéricable de bouleverser ses modalités d'accès aux infrastructures de France Télécom³⁸²⁷.

1456. Concernant les décisions coercitives des autorités sectorielles, lesquelles sont du ressort du Conseil d'État, c'est aussi les critères du Code de justice administrative qui seront utilisés. Dans le cadre des mises en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel, le juge des référés du Conseil d'État a été amené à appliquer les critères du référé suspension plusieurs fois. Concernant la mise en demeure à la société Eutelsat de cesser dans le délai d'un mois la diffusion du service de télévision Sahar 1, le doute quant à la légalité de la décision n'était pas permis : les faits étaient avérés — l'existence de propos antisémites proférés sur cette chaîne — et un des feuillets dans lequel des propos semblables avaient été tenus avait « conduit le président de la section du contentieux du Conseil d'État à enjoindre, par une ordonnance en date du 13 décembre 2004 rendue dans le cadre de la procédure prévue par l'article 42-10 de

effet été saisie d'une demande de suspension d'une décision de refus de l'Autorité de régulation des télécommunications de prononcer des mesures conservatoires. Une telle mesure ne peut être réputée emporter des conséquences excessives car « elle ne comporte par elle-même aucune exécution » (Cour d'appel de Paris, ch. 1, sect. H, 8 septembre 1998, Société Copper Communications c. S.A. France Télécom, n° 1/98, n° JurisData 1998-023949).

³⁸²⁶ V. en plus en matière financière : Cour d'appel de Paris, 1re ch., sect. H, ord., 19 avril 2005 : RTD com. 2005. 561, note N. Rontchevsky. Le juge ne peut davantage examiner la proportionnalité de la sanction (Cour d'appel de Paris, 12 février 1997 : D. 1998. Somm. 63, obs. Bon-Garcin).

³⁸²⁷ En droit de la concurrence, la jurisprudence impose au requérant qui sollicite le prononcé de la suspension de la décision de l'autorité de concurrence, pour caractériser les conséquences manifestement excessives de la décision « une démonstration concrète et chiffrée des excès évidents qu'entraînerait de manière effective l'exécution des injonctions » (Cour d'appel de Paris, 18 février 1999, D. 1999. IR 114). Il est constant que le contrôle de la légalité de la décision ne fait pas partie des moyens invocables, à moins que l'illégalité ne soit à ce point manifeste « que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'art. L. 464-8 » (Cour d'appel de Paris, ord., 4 mars 2009, BOCC 19 avr. 2010). Aussi, le magistrat peut contrôler « lorsqu'une irrégularité grave de procédure est invoquée, que la décision n'est pas sérieusement menacée d'annulation de ce chef de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives visées à l'art. L. 464-8 » (Cour d'appel de Paris, ord., 23 janvier 2007, D. 2007, AJ 576, obs. Chevrier ; CCC 2007, n° 97, obs. Decocq ; RLC avr.-juin 2007. 72, obs. Nourissat). Cette décision affirme ainsi que « la seule constatation d'une atteinte manifeste portée aux droits de la défense justifie que l'exécution de la sanction soit suspendue jusqu'à ce que la cour, statuant sur le bien-fondé du recours, se prononce sur la légitimité de cette atteinte et, partant, sur la régularité de la procédure ». V. Code de commerce, article L. 464-8, comm. Jurisprudence et Doctrine.

la loi du 30 septembre 1986, à la société Eutelsat de faire cesser dans un délai de quarante-huit heures la diffusion sur ses satellites d'un autre service de télévision »³⁸²⁸.

1457. De même, le montant d'une sanction pécuniaire peut être un motif de suspension, la disproportion pouvant faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision lorsque cette sanction menace la viabilité de la société, en particulier dans le cas où cette société est soumise au respect de certains ratios prudentiels³⁸²⁹. Par contre, la sanction de publication n'a pas semblé au juge être si disproportionnée qu'elle pouvait faire légitimement naître une suspicion quant à la légalité de la décision³⁸³⁰.

1458. Le référé peut être habilement articulé avec le recours administratif devant la même instance. Le juge a pu en effet, dans une affaire concernant une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel, prononcer la suspension pour quatre mois de cette décision, afin de permettre au Conseil de prendre connaissance de nouveaux éléments concernant la situation financière de la société requérante et qui n'avaient pas été portés à sa connaissance auparavant³⁸³¹.

1459. Le référé-liberté n'a pas été utilisé pour suspendre l'exécution de décisions coercitives du Conseil d'État. Cette voie de droit requiert, en plus d'une condition d'urgence, l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge dispose dans ce cadre de pouvoirs beaucoup plus larges puisqu'il peut prescrire toutes les mesures « nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »³⁸³². Il a en revanche été utilisé pour tenter de forcer le Conseil supérieur de l'audiovisuel à utiliser ses pouvoirs coercitifs. Le juge a été saisi d'une demande d'enjoindre le Conseil supérieur de l'audiovisuel de mettre en demeure Canal + « d'élargir un débat télévisé à l'ensemble des candidats têtes de liste à une élection municipale ». Le juge, tout en relevant qu'une liberté fondamentale est bien en jeu (« le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion ») ne constate aucune atteinte illégale à cette liberté, car le pouvoir conféré par la loi au Conseil ne lui donne pas la possibilité « de se substituer aux services de communication audiovisuelle dans la définition et la mise en œuvre de leur politique éditoriale ». Au surplus, le juge constate bien que « Le pouvoir général de sanction après mise en demeure qui lui est par ailleurs confié ne peut être mis en œuvre qu'en cas de manquement constaté »³⁸³³.

Le tableau ci-dessous retrace l'ensemble des dispositions législatives applicables.

Règlement des différends	
A.R.A.F. ³⁸³⁴	Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné par le juge, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

³⁸²⁸ V. Conseil d'État, ord., 3 mars 2005, Société Eutelsat, n° 277736, Recueil Lebon, table, p. 1083.

³⁸²⁹ V. Conseil d'État, ord., 1er juillet 2009, Sté Edelweiss Gestion, n° 327981 ; Conseil d'État, ord., 12 mai 2005, M. Zerbib, n° 279011. V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 144-145.

³⁸³⁰ V. Conseil d'État, ord., 24 octobre 2008, M. Beslay, n° 321057. Pour des ex. d'échec de demande de suspension, mais pour d'autres motifs : V. Conseil d'État, ord., 12 mai 2005, Mme El Hage, n° 279010 ; Conseil d'État, ord., 5 sept. 2008, Sté DirectAnnonces, n° 319071.

³⁸³¹ V. Conseil d'État, ord., 3 déc. 2001, Société Saprodif Méditerranée FM, n° 239762, Recueil Lebon, p. 626.

³⁸³² V. Code de justice administrative, article L. 521-2.

³⁸³³ V. Conseil d'État, ord., 24 févr. 2001, Tiberi, n° 230611, Recueil Lebon, p. 85.

³⁸³⁴ V. Code des transports, article L. 2134-3.

A.R.C.E.P. – Secteur Postal ³⁸³⁵	Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le juge peut ordonner le sursis à exécution de la décision, si cette dernière est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.
A.R.C.E.P. – Communications électroniques ³⁸³⁶	Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.
CoRDIS de la C.R.E. ³⁸³⁷	Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné par le juge, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.
C.S.A. ³⁸³⁸	Le texte est silencieux. Le recours n'est donc pas suspensif et la demande de suspension peut être demandée dans les conditions du référé suspension.
H.A.D.O.P.I. ³⁸³⁹	Le recours a un effet suspensif.
Médiateur du cinéma ³⁸⁴⁰	Le texte est silencieux. Le recours n'est donc pas suspensif et la demande de suspension peut être demandée dans les conditions du référé suspension.
Mesures conservatoires	
A.R.A.F. ³⁸⁴¹	Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné par le juge, si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.
A.R.C.E.P. – Communications électroniques – Dans le cadre d'un règlement des différends ³⁸⁴²	Les mesures conservatoires prises par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peuvent, au maximum dix jours après leur notification, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation. Ce recours est jugé dans le délai d'un mois.
A.R.C.E.P. – Communications électroniques – Dans le cadre d'une procédure de sanction ³⁸⁴³	Recours de pleine juridiction et d'une demande de suspension présentée conformément à l'article L. 521-1 du code de justice administrative
CoRDIS de la C.R.E. ³⁸⁴⁴	Recours en annulation ou en réformation
Sanctions administratives	
A.R.A.F. ³⁸⁴⁵	Le recours contre des sanctions pécuniaires a un caractère suspensif.
A.R.C.E.P. – Secteur Postal ³⁸⁴⁶	Demande de suspension présentée conformément à l'article L. 521-1 du code de justice

³⁸³⁵ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 5-6.

³⁸³⁶ V. Code des postes et des communications électroniques, article L.

³⁸³⁷ V. Code de l'énergie, article L. 134-21.

³⁸³⁸ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-8.

³⁸³⁹ V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

³⁸⁴⁰ V. Code du cinéma et de l'image animée, article L. 213-1.

³⁸⁴¹ V. Code des transports, article L. 2134-3.

³⁸⁴² V. Code des postes et des communications électroniques, article L.

³⁸⁴³ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-11.

³⁸⁴⁴ V. Code de l'énergie, article L. 134-23.

³⁸⁴⁵ V. Code des transports, article L. 2135-8.

	administrative
A.R.C.E.P. – Communications électroniques ³⁸⁴⁷	Demande de suspension présentée conformément à l'article L. 521-1 du code de justice administrative
CoRDIS de la C.R.E. ³⁸⁴⁸	Elles peuvent faire l'objet [...] d'une demande de sursis à exécution, dans les conditions du référé suspension.
C.S.A. ³⁸⁴⁹	Le recours formé contre les décisions de retrait prononcées sans mise en demeure préalable est suspensif sauf lorsque le retrait est motivé par une atteinte à l'ordre public, à la sécurité ou à la santé publiques. Le Conseil d'État statue dans les trois mois ³⁸⁵⁰ . De même, les recours formés contre les sanctions pécuniaires pour non – respect d'une décision de règlement des différends sont aussi suspensifs ³⁸⁵¹ .
H.A.D.O.P.I. ³⁸⁵²	Le recours n'est pas qualifié et a un effet suspensif

On voit donc que le législateur français est, à quelques exceptions près, resté fidèle au droit commun. Le recours n'est pas suspensif et la demande de suspension doit suivre les règles propres aux demandes de suspension propres à chaque ordre juridictionnel.

La situation au Royaume-Uni est plus confuse.

C — La demande de suspension au Royaume-Uni

Il faudra d'abord s'intéresser au caractère exécutoire de la décision administrative au Royaume-Uni ainsi qu'au caractère suspensif du recours (1). On analysera enfin les dispositions spéciales prévues par le législateur lorsque celui-ci aménage un « *appeal* » (2).

1 — Le caractère suspensif du recours au Royaume-Uni

1460. Contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord, il n'est pas aisé de définir avec précision la force légale des actes administratifs au Royaume-Uni. Comme l'a remarqué Marcus Lefebure, « si l'on demandait au juriste anglais moyen si les actes administratifs unilatéraux ont force légale, il est probable qu'il serait d'abord un peu étonné par la question, et puis, réflexion faite, il répondrait à peu près comme suit : « Bien entendu, si l'acte peut trouver une justification soit dans la loi, soit — ce qui arrive très rarement — dans le *common law* (y compris la prérogative royale). La vérité, c'est qu'il habite depuis longtemps un monde où les agents de l'administration font des demandes et des commandements de toute espèce, et il n'a jamais vraiment réfléchi au problème de la force de ces actes »³⁸⁵³.

1461. Malgré cette difficulté, tenant à l'absence de théorie générale de l'acte administratif en droit anglais, on trouve de nombreux jugements dans lesquelles une présomption de légalité

³⁸⁴⁶ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 5-3.

³⁸⁴⁷ V. Code des postes et des communications électroniques, article L. 36-11.

³⁸⁴⁸ V. Code de l'énergie, article L. 134-34.

³⁸⁴⁹ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-8.

³⁸⁵⁰ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-9.

³⁸⁵¹ V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, article 42-15.

³⁸⁵² V. Code de la propriété intellectuelle, article L. 331-32.

³⁸⁵³ V. M. Lefebure, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, préc., pp. 143-144.

est attachée à l'acte administratif, présomption qui permet à l'Administration de faire sanctionner le non-respect de cet acte³⁸⁵⁴. Comme le dit Paul Craig, l'acte administratif bénéficie d'une présomption de légalité³⁸⁵⁵.

1462. Mais c'est surtout, à la suite de Marcus Lefébure et Jean Rivero, *a contrario* que l'on peut définir la force légale de l'acte administratif en droit anglais³⁸⁵⁶, à partir de la possibilité de demander une suspension de l'acte administratif. Les juges anglais pouvant accorder au requérant la suspension de l'acte administratif, cela signifie bien que celui-ci est exécutoire immédiatement.

1463. Or, les juges anglais bénéficient du pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision administrative, en attendant le jugement au fond. Le régime de suspension de la décision administrative est fonction de la sanction demandée au juge. Il sera ainsi différent si le requérant demande l'annulation de la décision, ou s'il formule une demande d'injonction³⁸⁵⁷.

1464. Dans le cas d'une demande d'annulation, les juges peuvent prononcer un « gel de la procédure » (« *stay of the proceedings* »). Ce pouvoir est conféré au juge par les Civil Procedure Rules³⁸⁵⁸ et l'Order 53³⁸⁵⁹. Mais ces textes faisant référence à la notion de

³⁸⁵⁴ V. F. Hoffmann-la Roche & Co. A.G. and Others v Secretary of State for Trade and Industry [1974] 3 W.L.R. 104 : « Held, (...) that, in a case where the Crown sought by the injunction to enforce what was prima facie the law of the land, as opposed to its proprietary rights, the person against whom it sought the injunction was required to show very good reason why the Crown should be required to give the undertaking as a condition of being granted the injunction (...) that in determining whether there was such good reason all the circumstances were to be taken into account; that in the present case those circumstances included the Crown's financial interest, the consequences so far as the public were concerned of whether the injunction were granted or not, taking into account a scheme put forward by the appellants for their protection if an injunction were not granted, the likelihood of the order being held to be ultra vires, the fact that the appellants' contention was not that what they were doing was not prohibited by the order but that the order, which was on the face of it the law of the land, was not in fact the law and that the injunction was the only means available to the Crown of enforcing the order ; and that, in all the circumstances, the Secretary of State was entitled to the injunction which he sought without being required to give an undertaking in damages ».

³⁸⁵⁵ V. P. Craig, Administrative Law, préc., n° 23-030. V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, Administrative Law, préc., spéc. p. 250. V. Smith v East Elloe Rural District Council [1956] 2 W.L.R. 888 : « An order, even if not made in good faith, is still an act capable of legal consequences. It bears no brand of invalidity upon its forehead. Unless the necessary proceedings are taken at law to establish the cause of invalidity and to get it quashed or otherwise upset, it will remain as effective for its ostensible purpose as the most impeccable of orders ».

³⁸⁵⁶ V. M. Lefébure, Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, préc., p. 145 ; J. Rivero, Droit administratif comparé, préc., p. 176 : « le caractère exécutoire de la décision de l'administration anglaise. Ce caractère se déduit, en quelque sorte *a contrario*, de l'étude des procédures utilisées pour le contrôle des actes de l'administration par le juge. (...) On notera seulement que, par les prerogative orders (anciennement appelés writs), le particulier demande à la Queens Bench Division de la High Court, soit d'arrêter une procédure en cours (prohibition), soit d'annuler une décision prise (certiorari). Or, le particulier est demandeur : l'acte bénéficie donc d'une présomption de validité, jusqu'à ce que le juge en ait constaté l'illégalité. De plus, le caractère exécutoire — lié à cette présomption — se déduit du fait que la demande ne suffit pas à suspendre l'effet de l'acte : il continue à s'exécuter, jusqu'à une première décision du juge, qui, s'il estime que les moyens du demandeur sont sérieux, peut ordonner le sursis à l'exécution (rule nisi) ; il en résulte que l'acte apparaît exécutoire de plein droit ».

³⁸⁵⁷ V. M. Eliantonio, Europeanisation of administrative justice? The influence of the ECJ's case law in Italy, Germany and England, Groningen, Europa Law Pub., 2009, spéc. p. 261. V. aussi De Smith, Woolf and Jowell, Judicial Review of Administrative action, préc., n° 17-001.

³⁸⁵⁸ V. Civil Procedure Rules, article 54.10 : « (1) Where permission to proceed is given the court may also give directions. (2) Directions under paragraph (1) may include (a) a stay of proceedings to which the claim relates ».

³⁸⁵⁹ V. Rules of the Supreme Court (Revision) 1965/1776, article 3(10)(a) : « Where leave to apply for judicial review is granted, then— (a) if the relief sought is an order of prohibition or certiorari and the Court so directs,

procédure (« proceedings »), il s'agissait donc de savoir s'il pouvait s'appliquer à l'exécution d'une décision administrative. Dans la décision *Avon County Council*, le juge Glidewell affirma nettement et de manière très didactique concernant la suspension d'une décision administrative que les juges disposent de ce pouvoir³⁸⁶⁰. Une décision ultérieure, *Ashworth Hospital Authority*³⁸⁶¹, précise que le juge n'accordera la suspension que si le requérant a pu démontrer de manière convaincante que la décision en question était illégale³⁸⁶². Le juge Dyson rajoute, qu'en l'espèce, le requérant doit prouver l'existence d'un risque ou d'une dangerosité. Il s'agissait en effet de la décision d'un hôpital psychiatrique de libérer un patient. La décision *Avon* ne fournissant pas les conditions de la demande de suspension, seule la décision *Ashworth Hospital Authority* peut servir de guide. Malgré l'incertitude, on voit bien que la demande de suspension est nécessairement soumise à deux critères : un doute quant à la légalité de la décision et l'existence d'une urgence justifiant la suspension. Sur ce point, les jurisprudences française et anglaise sont bien en harmonie et tombent en réalité sous le sens, même si l'importance de la règle du caractère exécutoire de la décision administrative n'est pas affirmée de manière aussi claire au Royaume-Uni, il n'en reste pas moins que le raisonnement des juges est semblable.

1465. Mais, on le voit, ce régime n'a pas été prévu explicitement pour s'appliquer aux décisions administratives, c'est la décision *Avon* — qui n'est pas une décision de la Cour suprême, comme la décision *Ashworth* d'ailleurs — qui, pour la première fois, inclut les décisions administratives dans le champ des « procédures » qui peuvent être suspendues par le juge. Cette procédure s'applique dans de nombreuses hypothèses, en dehors du droit administratif, afin d'éviter le déroulement de procédures parallèles (par exemple devant le Competition Appeal Tribunal et la High Court) et des solutions contradictoires³⁸⁶³.

1466. Les juges disposent aussi de la possibilité, dans le cadre de demande d'injonction, de prononcer des injonctions provisoires dont l'effet sera de suspendre l'exécution de la décision administrative, jusqu'à la décision au fond. Mais, les conditions pour la mise en œuvre de la suspension sont ici empruntées au droit privé, et sont donc mal adaptées au droit administratif. Le juge opère, pour accorder la suspension demandée, un bilan des avantages et des inconvénients de la requête, prenant en compte l'intérêt public, le soupçon éventuel d'une illégalité³⁸⁶⁴. Empruntées au droit privé, les conditions de la demande de suspension sont malaisées à mettre en œuvre³⁸⁶⁵.

the grant shall operate as a stay of the proceedings to which the application relates until the determination of the applications or until the Court otherwise orders ».

³⁸⁶⁰ *V. Regina v Secretary of State for Education and Science, Ex parte Avon County Council* [1991] 2 W.L.R. 702 : « An order that a decision of a person or body whose decisions are open to challenge by judicial review shall not take effect until the challenge has finally been determined is, in my view, correctly described as a stay. For these reasons I am of the opinion that a decision made by an officer or minister of the Crown can, in principle, be stayed by an order of the court. (...) The effect of a stay would not be to nullify the various statutory provisions. It would be to defer the date for the implementation of the proposals until the judicial review proceedings were concluded. If the Secretary of State's decision were not quashed, the various statutory provisions would then take effect ».

³⁸⁶¹ *V. Regina (H) v Ashworth Special Hospital Authority* [2002] EWCA Civ 923.

³⁸⁶² *V. Regina (H) v Ashworth Special Hospital Authority* [2002] EWCA Civ 923, § 47 : « it seems to me that the court should usually refuse to grant a stay unless satisfied that there is a strong, and not merely an arguable, case that the tribunal's decision was unlawful ».

³⁸⁶³ *V. M. Brealey, N. Green, Competition Litigation, UK Practice and Procedure*, préc., n° 8.46.

³⁸⁶⁴ *V. Smith v Inner London Education Authority* [1978] 1 All E.R. 411 : « a local authority should not be restrained from exercising its statutory powers by interlocutory injunction unless the plaintiff shows that there is a real prospect of his succeeding at the trial, and in these circumstances there was no real prospect of the parents

1467. Dans les secteurs régulés, le Competition Appeal Tribunal peut suspendre toute décision qui lui est soumise, mais son pouvoir n'est encadré d'aucune condition particulière. Ce pouvoir de suspension est à la discrétion du Tribunal³⁸⁶⁶. Il a décidé d'appliquer pour la demande de suspension les mêmes critères que ceux mis en œuvre par le juge européen. Le demandeur doit produire des moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire, il doit de surcroît prouver l'existence d'une situation d'urgence en démontrant que l'exécution de la décision aura pour conséquence la survenance immédiate ou imminente d'un préjudice grave et irréparable. Le juge procède en outre à la mise en balance des intérêts en cause pour juger du bien-fondé de la demande³⁸⁶⁷. Le Competition Appeal Tribunal examinera donc la vraisemblance des moyens de légalité invoqués, l'urgence, le préjudice grave et irréparable que l'exécution de la décision pourrait provoquer et la balance des intérêts dans laquelle il étudiera l'effet de la décision sur la concurrence³⁸⁶⁸.

1468. Le législateur a pu aussi prévoir le caractère suspensif de certains recours. Dans le domaine des communications électroniques, le recours au Competition Appeal Tribunal n'est pas suspensif. Le législateur a, en général, rendu le recours contre les amendes suspensif.

succeeding in their claims at the trial » ; R. v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Ex p. Monsanto Plc (No.2) [1999] Q.B. 1161 : « it was in the public interest that the decision of a public authority should be observed until set aside, and the purpose of the licensing provisions was not to protect individual commercial interests, but to serve the public interest. Accordingly, the balance of convenience did not favour the granting of interim relief to M » ; R. v Durham CC Ex p. Huddleston [2000] Env. L.R. D20 : « the consequences of work starting without an environmental assessment might make irreversible any harm that might be caused, and in the absence of any indication that appropriate steps could be taken to prevent the envisaged environmental harm, an interim injunction should be granted ». V. M. Fordham, *Judicial Review Handbook*, préc., n° 20.2.

³⁸⁶⁵ La décision qui fournit la base pour le prononcé d'une injonction juridictionnelle visant à suspendre l'exécution d'une décision administrative est la décision *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* (No.1) [1975] A.C. 396. Dans cette décision Lord Diplock établit trois critères pour qu'un juge puisse intervenir et ordonner le gel de la situation : d'abord, la question à juger doit être sérieuse, le requérant doit donc d'abord montrer qu'il a des chances de gagner ; ensuite, le juge doit examiner si, l'engagement d'une action en responsabilité ultérieurement ne pourrait pas fournir une alternative adéquate à la demande d'injonction ; enfin, les juges sont sensibles à éviter une injustice qui serait susceptible d'arriver si la situation juridique n'était pas gelée. Face à ces données, le Competition Appeal Tribunal s'est détaché de ces règles générales, d'application malaisée face à une décision administrative. Notamment l'action en dommages et intérêts contre une personne publique à raison du prononcé d'une décision illégale est impossible en common law (*V. Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading* (No.1) [2001] CAT 1, § 39 ; *Genzyme Ltd v Office of Fair Trading* (Interim Relief) [2003] CAT 8).

³⁸⁶⁶ V. *The Competition Appeal Tribunal Rules 2003*, Statutory Instrument 2003 No. 1372, article 61 : « The Tribunal may make an order on an interim basis - (a) suspending in whole or part the effect of any decision which is the subject matter of proceedings before it; (b) in the case of an appeal under section 46 or 47 of the 1998 Act, varying the conditions or obligations attached to an exemption; (c) granting any remedy which the Tribunal would have the power to grant in its final decision ».

³⁸⁶⁷ V. G. Vandersanden, *Référé*, Répertoire de droit communautaire, 2000, n° 34 suiv. ; M. Brealey, N. Green, *Competition Litigation*, UK Practice and Procedure, préc., n° 8.55.

³⁸⁶⁸ V. M. Brealey, N. Green, *Competition Litigation*, UK Practice and Procedure, préc., n° 8.55 à 8-59. V. les deux décisions, dans le domaine du droit de la concurrence, *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading* (No.1) [2001] CAT 1 ; *Genzyme Ltd v Office of Fair Trading* (Interim Relief) [2003] CAT 8.

C'est ce que l'on constate dans les domaines du gaz³⁸⁶⁹, ainsi que de l'électricité³⁸⁷⁰ et du secteur postal³⁸⁷¹.

1469. En droit administratif anglais, la règle est donc que le recours n'a pas de caractère suspensif en lui-même. Le régime de la demande de suspension, largement jurisprudentiel dans le cadre du *judicial review*, n'est pas encore fermement établi. Dans les secteurs à l'étude, les recours devant le Competition Appeal Tribunal peuvent être accompagnés d'une demande de suspension. De surcroît, le législateur a pu, dans certains cas et en général concernant les amendes, prévoir le caractère suspensif du recours.

Après la possibilité de demander en justice la suspension de la décision administrative, il reste à étudier les délais dans lesquels le recours doit être introduit.

III — Les délais du recours

Afin d'établir la spécificité du régime des recours juridictionnels dans le domaine des secteurs régulés, il est d'abord nécessaire d'étudier les délais de droit commun pour introduire un recours en droit administratif dans les deux pays (A), avant d'étudier si le législateur a jugé nécessaire d'aménager les délais dans les secteurs étudiés (B).

A — Les délais de droit commun en France et au Royaume-Uni

Les droits administratifs nationaux prévoient tous des délais précis, pendant lesquels un acte administratif peut être attaqué et remis en cause. L'existence de ces délais permet, à leur expiration, de conférer aux situations juridiques une stabilité suffisante. La Cour de justice a d'ailleurs reconnu la légitimité de cette règle et s'en remet aux droits nationaux pour fixer ces mesures, au nom du principe d'autonomie procédurale dont jouissent les États membres. Toutefois, à la suite de l'arrêt Emmott, il est possible d'affirmer que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'une forclusion soit opposée à un particulier qui aurait pour effet de « priver totalement le justiciable de la possibilité de faire valoir ses droits »³⁸⁷². Après avoir analysé la situation française (1), il faudra s'intéresser à la situation anglaise (2).

³⁸⁶⁹ V. Gas Act 1986, article 30E(5) : « If an application is made under this section in relation to a penalty, the penalty is not required to be paid until the application has been determined ».

³⁸⁷⁰ V. Energy Act 2010, article 21(4) : « If an appeal is made under this section, the penalty is not required to be paid until the appeal has been determined ». En revanche le recours contre les injonctions n'est pas suspensif : « Unless the Tribunal orders otherwise, an obligation of a person to comply with the order is not affected by the making of an appeal under this section against the order » (Energy Act 2010, article 20(5)). Dans ce dernier cas, le législateur ménage tout de même la compétence du Competition Appeal Tribunal de pouvoir suspendre l'exécution d'une décision.

³⁸⁷¹ V. Postal Services Act 2011, article 57(9) : « Except in the case of a decision to impose a penalty, or give or modify a direction, under Schedule 4, 7 or 8, the effect of a qualifying decision is not suspended by the making of an appeal against the decision under this section ».

³⁸⁷² V. H. Chavrier, Droit de l'Union et des Communautés européennes et contentieux administratif, Répertoire de contentieux administratif, n° 178 ; D. Simon, Directive, Répertoire de droit communautaire, n° 62 ; M. Eliantonio, Europeanisation of administrative justice? The influence of the ECJ's case law in Italy, Germany and England, p. 83.

1 — *Le délai de droit commun en France*

1470. En France, le délai de droit commun est de deux mois, à compter de la publication ou de la notification de la décision³⁸⁷³. Les décisions contentieuses à l'étude étant des décisions individuelles, le délai de recours contentieux ne pourrait courir à leur égard qu'à compter de leur notification³⁸⁷⁴, c'est-à-dire au moment où la décision « est portée à la connaissance de l'intéressé, soit par sa remise directe à ce dernier, soit par un envoi par lettre recommandée avec avis de réception, soit de manière plus exceptionnelle de façon verbale »³⁸⁷⁵. Ce délai peut être étendu en cas de carence de l'Administration qui aurait mal informé le destinataire de la décision ou si celui-ci a formulé certaines demandes ou introduit un recours administratif, ce dernier prolonge le délai de recours contentieux³⁸⁷⁶.

2 — *Le délai de droit commun au Royaume-Uni*

1471. Au Royaume-Uni, le délai général pour introduire un recours en annulation est de trois mois, mais les textes indiquent tout de même que le recours doit être introduit promptement³⁸⁷⁷. Cette précision est interprétée par les juges de manière très flexible. Si, en principe, un recours introduit dans la limite des trois mois bénéficie d'une présomption de promptitude, les juges se réservent tout de même la possibilité de rejeter un recours, même introduit dans les délais, mais qui aurait manifesté un manque évident de diligence de la part du requérant³⁸⁷⁸. À l'inverse, les juges considèrent qu'une « bonne raison » peut justifier l'extension du délai de trois mois³⁸⁷⁹. Ce délai, bien que ferme, n'est donc totalement déterminant, les juges s'autorisant, en fonction des circonstances de l'espèce, à refuser une demande formulée de manière trop tardive — bien que dans le délai — ou, au contraire, à étendre celui-ci si de bonnes raisons peuvent le justifier.

1472. Une autre différence notable avec la situation française est que le délai de recours commence à courir à partir de l'entrée en vigueur de la décision et non à partir du moment où

³⁸⁷³ V. Code de justice administrative, art. R. 421-1, repris de l'article R. 102 du Code des tribunaux administratifs ; CE 7 janv. 1977, Marianne, Recueil Lebon p. 10 ; Les grands arrêts du contentieux administratif, préc., n° 36 et 37.

³⁸⁷⁴ V. V. Haïm, Délais, Répertoire de contentieux administratif, n° 83 suiv. (pour les décisions soumises à publication) et 100 suiv. (pour les décisions soumises à notification). Les grands arrêts du contentieux administratif, préc. n° 36-6 : « Pour les décisions individuelles, le point de départ du délai n'est pas constitué par leur publication (...), à moins que, de manière exceptionnelle, la publication d'un faisceau de décisions individuelles ne révèle la naissance de décisions de refus (...). Cette exception propre aux décisions collectives mise à part, seule la notification, à condition qu'elle soit régulière, permet d'établir le *dies a quo* contre les décisions individuelles explicites ».

³⁸⁷⁵ V. Les grands arrêts du contentieux administratif, préc. n° 36-7.

³⁸⁷⁶ V. V. Haïm, Délais, Répertoire de contentieux administratif, n° 245 suiv. (pour le prolongement du délai du fait du requérant).

³⁸⁷⁷ V. Civil Procedure Rules 54.5(1) : « A claim for judicial review must be commenced promptly, and in any event not later than three months after the grounds for bringing the claim first arose ».

³⁸⁷⁸ V. R v ITC, ex p TVNI Ltd (1991) Times, 30 December, CA ; R v Cotswold Parish Council, ex p Barrington Parish Council [1997] EGCS 66, 75 P & CR 515 ; Hardy v Pembrokeshire County Council [2006] EWCA Civ 240, [2006] Env LR 659 ; R v Education Committee of Blackpool Borough Council, ex p Taylor [1999] ELR 237 ; Caswell v Dairy Produce Quota Tribunal for England and Wales [1990] 2 AC 738, [1990] 2 All ER 434.

³⁸⁷⁹ V. R v Institute of Chartered Accountants in England and Wales, ex p Andreou (1996) 8 Admin LR 557, [1996] COD 489. V. Halsbury's Laws of England, Judicial Review, préc., n° 658, note 9.

elle devient opposable c'est-à-dire au moment où les formalités de publication ou de notification ont été accomplies³⁸⁸⁰.

Dans ce cadre, le législateur a pu, selon les domaines et les décisions en question, aménager des délais spéciaux pour introduire le recours, qu'il faut à présent étudier.

B — Les délais dans les secteurs régulés

L'examen de la situation anglaise (1) précédera celui de la situation française (2).

1 — Les délais au Royaume-Uni

1473. L'examen des délais spéciaux est plus rapide concernant le Royaume-Uni. En effet, lorsque le recours est un recours en *judicial review*, ce qui se déduit en général du silence des textes, les délais de droit commun s'appliqueront. Les recours portés devant le Competition Appeal Tribunal font l'objet d'un traitement commun : les règles établies gouvernant le fonctionnement de cette juridiction imposent un délai de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision³⁸⁸¹.

1474. Le Tribunal a précisé que la date qu'il fallait prendre en compte pour commencer la computation des délais était celle de la notification de la décision à l'intéressé — à cet égard le Tribunal exprima son scepticisme à l'égard de l'argument selon lequel la publication d'un communiqué de presse pouvait être considérée comme une notification — et surtout que le délai ne pouvait commencer à courir qu'à partir du moment où la personne concernée avait été informée de l'ensemble des motifs de la décision et pas seulement du résultat. Le Tribunal estime ainsi qu'un requérant ne peut utilement former un recours contre une décision dont il n'a pas encore connu les motifs³⁸⁸².

³⁸⁸⁰ V. Halsbury's Laws of England, Judicial Review, préc., n° 658 : « The time-limit in such cases will generally run from the date of the measure which actually creates legal rights and obligations. The time-limit runs from the date when the decision was made, not the date that the person learned of the decision or the grounds of challenge, although knowledge, together with other material facts, may be relevant to the question of whether there is a good reason to extend time ».

³⁸⁸¹ V. The Competition Appeal Tribunal Rules 2003 (Statutory Instrument 2003 n° 1372), article 8(1) : « An appeal to the Tribunal must be made by sending a notice of appeal to the Registrar so that it is received within two months of the date upon which the appellant was notified of the disputed decision or the date of publication of the decision, whichever is the earlier ». V. Competition Appeal Tribunal Guide to proceedings (October 2005), p. 24.

³⁸⁸² Dans le cas de l'Office of Fair Trading le Competition Appeal Tribunal a été amené à préciser les notions de notifications et surtout de publication : « We are extremely doubtful whether the Press Release can be regarded as "a notification to the applicant of the disputed decision". But the more important question is the meaning of the words "the date of publication of the decision" within the meaning of this rule. In our judgment, the date of publication of the decision within the meaning of this Rule is the date of the publication of the reasons for the decision and not the date of the announcement by the OFT of the fact of the decision. The result of that would be, applied to this particular case, that in our judgment time began to run from the date of publication of the reasons, that is to say 19th March, and not the date of the Press Release which is 5th March. Our basic reasoning is that it is only when a potential applicant is in possession of the reasons for the OFT's decision that he can reasonably assess whether he should apply for a review or not. If applicants are obliged by this Rule to apply for a review at a time when they merely know that there has been a decision but they do not know the reasons for it, in our judgment that is likely to be both an inefficient and an inequitable result. It will be inefficient because, in those circumstances, the applicant does not know where to direct his fire, as it were, and may later have to seek

1475. Dans le domaine de l'eau³⁸⁸³ ainsi que dans les secteurs ferroviaire³⁸⁸⁴ et gazier³⁸⁸⁵, le recours devant la High Court en matière d'injonction et de sanction pécuniaire doit être reçu dans les quarante-deux jours suivant la notification de la décision.

1476. En conclusion, trois délais de recours sont aménagés dans les secteurs régulés : le délai de droit commun de trois mois pour le recours en judicial review, un délai réduit de deux mois devant le Competition Appeal Tribunal et, enfin, un délai de quarante-deux jours devant la High Court pour le recours spécial prévu pour le contrôle de certaines décisions.

2 — *Les délais en France*

1477. En France, la situation des délais de recours est nettement plus confuse. Le législateur s'en est remis au droit commun concernant le recours contre les sanctions prononcées par les autorités de régulation et du ressort du Conseil d'État³⁸⁸⁶. De manière générale d'ailleurs, le législateur n'a pas aménagé de délais particuliers lorsque l'organe de recours est le Conseil d'État, puisqu'il s'en est aussi remis au droit commun en matière de recours contre les décisions de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel³⁸⁸⁷. Il en sera de même pour les recours contre les injonctions du Médiateur du cinéma.

1478. En revanche, les recours portés devant le Cour d'appel de Paris contre les décisions de règlement des différends sont à adresser dans le délai d'un mois à compter de leur notification³⁸⁸⁸. C'est d'ailleurs, semble-t-il, le délai que privilégie le législateur quand il attribue la connaissance d'un recours à cet ordre de juridiction, car les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence³⁸⁸⁹ obéissent à la même règle. En revanche, le délai de recours contre les sanctions de l'Autorité des marchés financiers est de deux mois,

leave to amend his application when the reasons become known. That seems to us likely to create uncertainty and disrupt the proceedings. It is likely to disrupt the preparation of the defence and to lead to a number of disputes under Rule 11 as to whether or not leave to amend should be given. It is likely also, we fear, to lead to a number of appeals being lodged on a purely precautionary basis brought by appellants before they know whether they have grounds or not for appealing. All that appears to us to be extremely unsatisfactory. It also seems to us, in principle, to be inequitable to require an appellant to appeal before he is in a position to assess the legality of the decision, a sufficiency of the reasons being of course a key element in reviews taking place under Section 120 of the 2002 Act. We also notice that Rule 8(6) of the Tribunal's Rules requires the appellant to annex to his Notice of Appeal a copy of the disputed decision. In our judgment, that does not mean the Press Release setting out the fact that a decision has been taken, but the reasoned decision that the OFT has taken (*Federation of Wholesale Distributors v Office of Fair Trading* [2004] CAT 11, §22 *suiv.*).

³⁸⁸³ V. *Water Industry Act* 1991, articles 21(1) (pour les injonctions) et article 22E(2)(a) (pour les sanctions pécuniaires).

³⁸⁸⁴ V. *Railways Act* 1993, articles 57(1) (pour les injonctions) et 57F(2) (pour les sanctions pécuniaires).

³⁸⁸⁵ V. *Gas Act* 1986, articles 30(1) (pour les injonctions) et 30E(2) (pour les sanctions pécuniaires).

³⁸⁸⁶ V. *Code des postes et des communications électroniques*, articles L5-3 (en matière postale) et L36-11 (en matière de communications électroniques) ; *Code de l'énergie*, article L134-34 ; *Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, article 42-8 ; *Code des transports*, article L2135-8.

³⁸⁸⁷ V. *Loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, article 42-8.

³⁸⁸⁸ V. *Code des postes et des communications électroniques*, articles L5-6 et L. 36-8-III ; *Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, article 38-II ; *Code de la propriété intellectuelle*, article R331-75 ; *Code des transports*, article L2134-3.

³⁸⁸⁹ V. *Code de commerce*, article L. 464-8.

certainement pour ne pas créer de distorsions entre les deux ordres de juridictions, car les recours contre les sanctions de cette instance sont éclatés entre ces deux ordres³⁸⁹⁰.

1479. Enfin, le recours contre les mesures conservatoires prises dans le cadre du règlement d'un différend est en général de dix jours concernant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes³⁸⁹¹ et de quinze jours pour les décisions du comité *ad hoc* de la Commission de régulation de l'énergie³⁸⁹². Le législateur n'a rien précisé dans le domaine ferroviaire, la rédaction de l'article laisse donc penser que le délai de recours contre les mesures conservatoires est le même que celui qui est attaché aux décisions de règlement des litiges³⁸⁹³.

1480. L'aménagement des délais n'est donc pas complètement homogène et cohérent. Une ligne se dégage néanmoins : lorsque le recours est du ressort du Conseil d'État, le législateur s'en est tenu au délai de droit commun et n'a pas souhaité introduire de délais spéciaux, lorsque celui-ci est du ressort de la Cour d'appel de Paris, le délai est en général d'un mois, sauf en matière de mesure conservatoire.

Conclusion du § 1

L'étude de l'ensemble des éléments, préalable à l'introduction d'un recours, fait apparaître des différences sensibles entre les pays ; ainsi qu'en France, malheureusement, entre les deux ordres de juridictions.

La comparaison des droits anglais et français met en évidence que l'existence d'un droit administratif systématisé et mature en France rend certaines solutions (comme le droit au recours administratif préalable ou la demande de sursis) plus aisées et maniables pour le requérant. On voit que l'absence de juge de droit commun de l'Administration, spécialisé et rompu à la machine administrative, a permis l'adoption de certaines solutions qui n'existent pas au Royaume-Uni, comme l'existence d'un droit général au recours administratif préalable, alors que la réflexion et l'intérêt pour le sujet n'y sont pas absents. À l'heure où le gouvernement conservateur souhaite diminuer drastiquement les fonds dédiés à l'aide juridictionnelle, la réflexion sur la consécration d'un tel principe est plus que nécessaire, car les requérants sans ressources n'auront, en l'absence de *tribunal* dédié, aucun recours abordable.

1481. On peut aussi remarquer que la mise en place au Royaume-Uni d'une juridiction spécialisée, le Competition Appeal Tribunal permet, pour l'instant, d'unifier certaines règles. Cette juridiction n'a pas souhaité établir par exemple des délais différents en fonction des autorités ou des décisions qui lui sont soumises. Le droit y gagne en clarté.

³⁸⁹⁰ V. Code monétaire et financier, article R. 621-44. La rédaction de l'article laisse en effet penser que le pouvoir réglementaire a privilégié une approche par type de décision : « Le délai de recours contre les décisions "individuelles" prises par l'Autorité des marchés financiers est de dix jours, sauf en matière de sanctions, où il est de deux mois ».

³⁸⁹¹ V. Code des postes et des communications électroniques, article L36-8 III. En matière de sanction, le recours porté contre les mesures conservatoires est porté devant le Conseil d'État, le législateur n'a pas précisé de délai particulier.

³⁸⁹² V. Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 38.

³⁸⁹³ V. Code des transports, article L2134-3.

1482. D'autre part, l'éclatement des recours entre la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État entraîne, on l'a vu, un véritable chaos juridique, avant même l'introduction du recours. Les standards de suspension sont différents, les délais aussi. Le législateur a certes été sensible à garder une cohérence en fonction des règles applicables dans chaque ordre juridictionnel, mais, si la catégorie des autorités de régulation forme bien une catégorie homogène, les règles édictées sont par trop disparates.

1483. Il est d'ailleurs possible de formuler des remarques semblables au niveau des caractères du recours lui-même.

§ 2 — Les caractères du recours

L'étude des caractères du recours mis en place dans chaque pays doit amener à comparer successivement le moment où le juge statue (I), les pouvoirs du juge (II), l'intensité du contrôle (III) et enfin, certaines spécificités procédurales (IV).

I — Le moment où le juge statue

L'étude du moment où le juge statue distingue nettement la position française, qui fait largement usage du recours de pleine juridiction (A), à la position anglaise où la disparité des recours, le *judicial review* gardant encore une certaine importance, rend la position du droit plus hétérogène (B).

A — Le droit français, les juges statuent au moment de leur décision, prenant en compte l'ensemble des éléments de fait et de droit intervenu depuis le prononcé de la décision.

L'étude du droit français doit contraster la position claire du droit dans l'ordre administratif (1), à l'incertitude qui règne dans l'ordre judiciaire (2).

1 — Dans l'ordre administratif, le jour statue au jour de sa décision dans l'ensemble des domaines

1484. En matière de régulation, la question du temps d'intervention du juge est une question épineuse, qui met le recours pour excès de pouvoir à l'épreuve³⁸⁹⁴. Dans les domaines étudiés

³⁸⁹⁴ V. R. Noguellou, « Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom et du 24 juillet 2009, Société Orange France et Société française de radiotéléphonie) », RDP n° 3-2010, pp. 834-835. Rozen Noguellou explique ainsi que « Frédéric Lenica, s'était attaché à montrer les limites du recours pour excès de pouvoir "classique" pour les décisions prises par les autorités de régulation, considérant que "le rapport au temps du juge de l'excès de pouvoir" ne permet pas de "saisir les litiges dans leur dimension essentiellement évolutive", de même que son caractère objectif serait "inapte à saisir toutes les dimensions d'un litige de régulation". Il estimait dès lors que "le champ des pouvoirs du juge de la régulation devrait être légèrement amendé" afin qu'il exerce un plein contrôle sur "la plupart des décisions de l'Arcep" ». L'auteur relève ensuite que les arrêts manifestent « la volonté du Conseil d'État de ne pas figer l'appréciation de la légalité au moment où la décision a été prise et de prendre en considération les évolutions postérieures, pour se placer, selon l'expression du rapporteur public, dans la

en revanche, où le plein contentieux prédomine, il semble qu'aussi bien en matière de sanction que de règlement des différends, le juge administratif contrôle la décision au jour où il statue, en prenant en compte l'ensemble des éléments de fait et de droit intervenus depuis l'édition de l'acte en cause. C'est ce qui distingue ici nettement le recours de plein contentieux objectif des décisions de sanction et de règlement des différends du recours pour excès de pouvoir, à l'occasion duquel le juge statue au moment où l'Administration a pris la décision attaquée.

1485. C'est ce qui a permis au Conseil d'État, dans l'arrêt *Atom*, de faire application d'une loi plus douce à une sanction³⁸⁹⁵. Cela permet par exemple au Conseil d'État, au moment de la réformation de la sanction, de prendre en compte les changements intervenus dans la situation financière de la société sanctionnée³⁸⁹⁶.

1486. C'est aussi la position du même juge en matière de règlement des différends des décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel³⁸⁹⁷. Ce n'est pas une solution « absolue » pour reprendre le terme d'Hélène Lepetit-Collin et le Conseil d'État avait ainsi le choix, puisque le plein contentieux fiscal obéit par exemple à la règle inverse³⁸⁹⁸.

Qu'en est-il devant le Cour d'appel de Paris ?

2 — *Un état du droit incertain devant la Cour d'appel de Paris*

1487. L'état du droit n'est pas des plus certains et la Cour ne manifeste pas une cohérence à toute épreuve. Ainsi, dans un arrêt de renvoi après cassation partielle, EDF présentait au soutien de ses conclusions à fin d'annulation la réalisation d'une étude, mais la Cour d'appel juge que les développements que la société soutient « sont inopérants en ce qu'ils sont présentés au soutien du moyen d'annulation fondé sur l'insuffisance alléguée de la motivation de la décision déférée alors que celle-ci ne peut être atteinte par un grief reposant sur le défaut d'examen de données postérieures à son prononcé »³⁸⁹⁹. La Cour acte donc du fait qu'elle ne prendra pas en compte des éléments intervenus postérieurement à la décision pour en prononcer l'annulation. Toutefois, elle poursuit l'argumentation et y répond, contredisant son

“dimension évolutive” du litige ». Le recours pour excès de pouvoir est donc bien mis à l'épreuve mais le juge n'hésite pas à plier ses principes pour assurer l'effectivité du contrôle.

³⁸⁹⁵ V. Conseil d'État, 16 février 2009, *Société Atom*, n° 274000, préc..

³⁸⁹⁶ V. par ex. Conseil d'État, 13 juillet 2011, *Société Edelweiss Gestion*, n° 327980, 329120 : il résulte l'instruction, « et notamment des situations comptables certifiées de la société versées au dossier par les requérants, qu'à la date de la présente décision, la situation financière de la société s'est dégradée dans des proportions telles que l'infliction d'une sanction pécuniaire d'un montant supérieur à 80 000 euros l'empêcherait de respecter le ratio prudentiel exigé par l'article 312-3 du règlement général de l'AMF et pourrait de ce fait conduire au retrait d'agrément de cette société et emporter des conséquences disproportionnées sur la situation de la société ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de ramener la sanction pécuniaire à un montant de 80 000 euros, dont il résulte de l'instruction qu'il est proportionné au regard des manquements commis comme de la situation financière de la Société Edelweiss Gestion ».

³⁸⁹⁷ V. Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Société Canal + Distribution*, n° 335336, R.F.D.A., 2010, n° 5, p. 1078 ; A.J.D.A., 2010, p. 1924, note D. Botteghi, A. Lallet ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2010, n° 63, pp. 70-71, note L. Costes ; *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 24, 13 juin 2011, 704, n° 5, note L. Calandri.

³⁸⁹⁸ V. H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, spéc. pp. 427-429 ; D. Botteghi, A. Lallet, « Le Conseil d'État, “régleur” de différends », A.J.D.A., 2010, p. 1924 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 259.

³⁸⁹⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch. Sect. H, 22 mai 2007, *Société Électricité de France (E.D.F.) c. Société Pouchon Cogen*, n° RG 2006/16883.

affirmation précédente. Soit l'étude est irrecevable, car les parties ne pourraient se fonder sur des éléments de preuve postérieurs à l'intervention de la décision, et la Cour doit en rester là, soit l'étude est au contraire recevable, car la Cour statue au moment de sa propre décision. Dans cette affaire la Cour ne veut pas trancher clairement l'état du droit, mais, en répondant à l'objection d'E.D.F., elle montre clairement qu'elle accepte de discuter des éléments de faits postérieurs au prononcé de la décision.

1488. La situation est donc obscure. Pierre Delvolvé arrive à la conclusion que le juge de la cour d'appel de Paris statue au moment de sa propre décision. Il tire argument du fait que la demande de sursis à exécution ne pouvant être accordée qu'en cas de la survenance de faits nouveaux, le recours au fond doit aussi pouvoir prendre en compte ces nouveaux éléments : « le juge du sursis ne peut avoir plus de pouvoirs que le juge du fond. Si le sursis à exécution peut être ordonné en tenant compte de faits nouveaux, l'examen du recours au fond doit pouvoir être entrepris de la même manière : à ce titre, il relève nécessairement du contentieux de la pleine juridiction »³⁹⁰⁰. Le raisonnement de Pierre Delvolvé, limité à la matière boursière, peut aisément être étendu à l'ensemble des secteurs, car le sursis à exécution obéit presque partout au même critère, l'existence d'un changement de circonstances. La démonstration de Pierre Delvolvé semble imparable.

1489. Pour aller dans ce sens, il serait aussi possible d'affirmer, suivant en cela l'argumentation de la Cour de cassation dans l'ensemble des secteurs, que les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris dépendent des textes spéciaux dans la seule mesure où ceux-ci dérogent au code de procédure civile. Ainsi, pour prendre un exemple plus concret, la Cour de cassation affirme que la Cour d'appel de Paris tient « de la combinaison de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986... et de l'article 561 du Nouveau Code de procédure civile, le pouvoir de statuer en fait et en droit sur les griefs notifiés, a pu se prononcer comme elle a fait par une décision susceptible de recours en cassation »³⁹⁰¹. Le pouvoir de réformation s'exerce donc aussi, pour la Cour de cassation, sous le fondement du Nouveau code de procédure civile. Si donc ce pouvoir de réformation obéit aussi à l'article 561 de ce code aux termes duquel « l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». Or l'effet dévolutif de l'appel en procédure civile implique la prise en compte d'éléments nouveaux, le juge statue au jour de sa propre décision³⁹⁰². Un raisonnement semblable ne serait pas impensable dans les secteurs de l'énergie ou des communications électroniques.

1490. Il semble donc que de nombreux arguments pourraient plaider en faveur de la prise en compte d'éléments nouveaux. Mais ce point n'a pas été jugé définitivement, dans notre domaine, par la Cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation.

En droit anglais, l'état du droit a été clarifié concernant le Competition Appeal Tribunal. Il faudra étudier les cas d'*appeal* devant le juge et de *judicial review*.

³⁹⁰⁰ V. P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », préc., spéc. n° 16.

³⁹⁰¹ V. Cour de cassation, com., 26 février 2002, Cie nat. des experts spécialisés en livres, antiquités, tableaux et curiosités (la CNE) c. Min. éco., fin., n° 487, Juris-Data n° 2002-013249. V. B. Rajot, « Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 avril 2003, 666.

³⁹⁰² V. F. Ferrand, Appel, Répertoire de procédure civile, 2008, n° 730 suiv., spéc. n° 759 (pour les faits nouveaux intervenus depuis le prononcé du premier jugement).

B — En droit anglais

Il faudra analyser successivement les différents cas qui peuvent se présenter dans les secteurs régulés : les cas d'*appeal* au Competition Appeal Tribunal ou au juge ordinaire (1), et les cas de *judicial review* (2).

1 — Le cas de l'*appeal*

1491. Dans le cas de l'*appeal* au Competition Appeal Tribunal, une décision est venue mettre fin à l'incertitude concernant l'admissibilité de nouvelles preuves devant le Tribunal. Ofcom contestait cette possibilité, au motif que le Tribunal devait statuer au vu des faits tels qu'ils lui furent soumis. Le Tribunal conclut qu'il pouvait accepter de nouvelles preuves à l'appui du recours contre la décision d'Ofcom³⁹⁰³. La Cour d'appel fut du même avis. Le recours mis en place par le Communications Act de 2003, était censé remplir les conditions du recours effectif posé à l'article 4 de la directive « cadre ». Le juge Toulson considère que, pour donner son plein effet au recours et assurer ainsi l'effectivité du droit de l'Union européenne, le Competition Appeal Tribunal doit pouvoir accepter de nouvelles preuves³⁹⁰⁴.

La procédure d'*appeal* étant forcément une procédure spéciale, prévue par un texte, aucune règle générale ne peut être avancée quant au moment auquel se situe le juge saisi dans ce cadre.

2 — Le cas du *judicial review*

1492. Quant au recours en *judicial review*, l'état du droit est, ici aussi, pragmatique, mais il devrait être identique suivant que le recours est porté devant le Competition Appeal Tribunal ou le juge ordinaire³⁹⁰⁵. S'il est une règle générale que ce recours ne comprend pas l'examen des faits, les juges peuvent dans certains cas admettre la prise en compte de nouveaux

³⁹⁰³ British Telecommunications Plc v Office of Communications [2010] CAT 17, spéc. §§ 72 suiv.. Cette décision étend au recours contre les décisions de règlement des différends une solution que le Competition Appeal Tribunal avait déjà adoptée en matière de droit de la concurrence : Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading (No.3) [2001] CAT 3, [2002] E.C.C. 3 : « It is impossible to deduce from the Competition Act 1998 and the Competition Appeal Tribunal Rules 2000 an absolute bar on the admission of new evidence before the Tribunal, whether submitted by the applicant or respondent. The question of what evidence is presented on the appeal and how the evidence is to be handled is a matter for the discretion of the Tribunal. In this connection, the appellant is not limited to placing before the Tribunal the evidence he has placed before the Director. He may expand, enlarge upon or even abandon that evidence and present a new case ». En droit de la concurrence, le Tribunal sera cependant plus réticent à accepter de nouvelles preuves de la part de l'autorité administrative. Ce point n'a pas été jugé dans les secteurs régulés.

³⁹⁰⁴ V. British Telecommunications Plc v Office of Communications [2011] EWCA Civ 245.

³⁹⁰⁵ V. La Cour d'appel jugea que la tâche du CAT « is to apply the normal principles of judicial review, in dealing with a question which is not different from that which would face a court dealing with the same subject-matter. It will apply its own specialised knowledge and experience, which enables it to perform its task with a better understanding, and more efficiently. The possession of that knowledge and experience does not in any way alter the nature of the task » (T-Mobile & Telefónica v Ofcom [2008] EWCA Civ 1373 [2009] 1 WLR 1565, para. 37). V. A. Robertson, « Developments in Commercial Regulation and Judicial Review 2010 », Judicial Review, 2011, p. 94 ; B. Kennelly, « Judicial Review and the Competition Appeal Tribunal », Judicial Review, 2006, p. 160 ; B. Rayment, « Judicial Review under the Enterprise Act 2002 », Judicial Review, 2003, p. 41.

événements pour arriver à leur jugement. Tout en établissant que le *judicial review* s'intéresse à la légalité de la décision, au moment où celle-ci a été prise, les juges sont suffisamment flexibles pour estimer que de nouveaux éléments peuvent être présentés au juge, spécialement lorsqu'ils ont pour objet d'apporter au juge un éclairage sur certains points en litige³⁹⁰⁶.

1493. En tout état de cause, les juges anglais, tout en se tenant à certains principes, adopteront une approche pragmatique. Le *judicial review* s'intéresse à la légalité de la décision au moment où celle-ci est prise par l'Administration ; l'*appeal* confère au justiciable un deuxième niveau de décision pour faire valoir son cas. Le droit français ne s'éloigne pas fondamentalement de ces principes.

Qu'en est-il à présent des pouvoirs des juges ?

II — Les pouvoirs du juge

L'étude des pouvoirs du juge dans le contrôle des décisions des autorités sectorielles devra en dégager les bornes : à la fois l'étendue de ses pouvoirs (A) et leurs limites (B).

A — Étendue

L'étendue des pouvoirs des juges se distingue nettement en France (1) et au Royaume-Uni (2).

1 — La situation en France

1494. Confirmant l'évolution générale vers le recours de pleine juridiction, les textes affirment clairement en France le caractère de pleine juridiction des recours contre l'ensemble des décisions des autorités sectorielles prises dans l'exercice de leur fonction contentieuse, que ce soit en matière de règlement des différends³⁹⁰⁷, de mesures d'urgence prises dans l'exercice du règlement des différends³⁹⁰⁸, ou en matière de sanction³⁹⁰⁹. Seules les décisions de refus d'engager une procédure de sanction sont du ressort de l'excès de pouvoir³⁹¹⁰.

1495. De quels pouvoirs dispose le juge dans l'exercice de cette compétence ? Que l'on se situe dans le domaine répressif, devant le juge administratif, ou dans le domaine du règlement

³⁹⁰⁶ V. A. Lidbetter, V. Roberts, « Expert Evidence In Judicial Review and Competition Appeal Tribunal Cases », *Competition Law Journal*, 2004, p. 113, spec. p. 116.

³⁹⁰⁷ V. article L. 5-6 du CPCE ; Code de la propriété intellectuelle, article R331-75 ; V. Code des transports, article L2134-3 ; Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-8

³⁹⁰⁸ V. l'article L. 36-8-III du CPCE.

³⁹⁰⁹ V. article 40-7° de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; article L. 36-11-5° du CPCE ; V. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, article 42-8 ; V. Code des transports, article L2135-8.

³⁹¹⁰ V. Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de Rimonteil de Lombares, Recueil Lebon p. 490 : « La décision qu'elle [la Commission bancaire] prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, mars 2010, n° 151. V. aussi P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », préc., spéc. n° 12-13.

des différends, devant la Cour d'appel de Paris, le pouvoir du juge de plein contentieux est très large. Si l'on suit Hélène Lepetit-Collin, le juge du plein contentieux objectif dispose de prérogatives étendues, car « en combinant l'exercice de ses pouvoirs d'annulation et de réformation de l'acte administratif, le juge de plein contentieux objectif s'est octroyé un très large pouvoir de réformation de l'acte »³⁹¹¹.

1496. Deux hypothèses doivent, semble-t-il, être distinguées selon que l'acte encourt l'annulation ou pas. Si l'acte n'est pas au préalable annulé, le juge pourra en modifier certaines prescriptions, ou ajouter à l'acte administratif préexistant. En revanche, lorsque l'acte est annulé, le juge doit le refaire, substituer à l'acte annulé une nouvelle décision et dispose pour ce faire de l'ensemble des compétences de l'autorité administrative, auteur de l'acte attaqué. Le pouvoir de juge de plein contentieux objectif s'étend donc, pour reprendre la conclusion d'Hélène Lepetit-Collin, « de la plus minime rectification... à sa modification la plus substantielle »³⁹¹².

1497. Ce pouvoir est particulièrement utile dans le domaine répressif où l'exigence de proportionnalité doit permettre au juge de moduler la sanction. Le pouvoir de plein contentieux permet donc au juge, dans le domaine des sanctions, d'annuler ou de réformer la décision de sanction, laquelle se substituera à la décision initiale. Le Conseil d'État exerce ce pouvoir pour — le cas échéant, tenant compte d'une erreur de l'autorité sur l'existence d'une infraction — diminuer la sanction. Concernant le conseil du marché à terme, le Conseil d'État a ainsi considéré qu'il y avait lieu « de réduire la sanction prononcée en la limitant au blâme et à une sanction pécuniaire d'un montant de 100 000 F »³⁹¹³, car l'une des infractions relevées par cette instance n'était pas constituée.

1498. De même, dans une décision M. Laurent A., le Conseil d'État juge qu'il incombe au juge administratif en tant que juge de plein contentieux d'examiner « la régularité de la notification et le bien-fondé de chaque grief attaqué » pour, éventuellement, écarter « les griefs non régulièrement notifiés et ceux qui ne lui paraissent pas fondés », pour, dans l'exercice de son pouvoir de réformation, adapter « la sanction à la gravité des faits qui peuvent être valablement reprochés au requérant »³⁹¹⁴.

1499. On voit donc ici toute l'efficacité en matière répressive du recours objectif de plein contentieux qui n'est pas forcément, comme l'a montré Fabrice Melleray, plus favorable au requérant³⁹¹⁵. Là où le recours pour excès de pouvoir aurait nécessairement amené le juge à annuler ; ici, le juge examinera la régularité procédurale et le bien-fondé de chaque grief pour

³⁹¹¹ V. H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse dactyl., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2007, spéc. pp. 463 suiv..

³⁹¹² V. H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, préc., spéc. p. 464. V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 259

³⁹¹³ V. Conseil d'État, 4 mai 1998, Sté de Bourse Patrice Wargny, n° 164294. Pour un autre exemple de réduction : Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Olivier A, n° 276375 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. Rontchevsky. V. J.-M. Woehrling, « La revanche du plein contentieux », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque anniversaire des tribunaux administratifs, 1995, p. 247.

³⁹¹⁴ V. Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Laurent A., n° 276370 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. Rontchevsky. Aussi, pour Nicolas Rontchevsky, « dans le cadre d'un recours de pleine juridiction ... le Conseil d'État peut non seulement annuler la décision de l'Autorité de marché mais aussi rectifier ses erreurs de droit et substituer à celle-ci sa propre décision pour fixer une autre sanction, après une nouvelle analyse des griefs retenus au regard des textes applicables et du principe de proportionnalité ». V. V. Haïm, *Recours de pleine juridiction*, Répertoire de contentieux administratif, janvier 2011, n° 200.

³⁹¹⁵ V. F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, préc..

adapter la sanction à la réalité des manquements commis ou aux seuls manquements que pouvait prendre en compte l'autorité répressive.

1500. Avec sa décision, le juge administratif met un terme définitif au contentieux. Il en est de même en matière de contrôle des décisions de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Dans la décision du 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution³⁹¹⁶, le juge établit que son pouvoir comprend la possibilité d'annuler « la décision du CSA réglant un différend » et, ensuite, de « régler dans tous ses éléments le différend dont ce dernier était saisi, et notamment de se prononcer sur les demandes subsidiaires sur lesquelles le CSA, qui avait fait droit aux demandes soumises à titre principal, n'avait pas eu à se prononcer ». C'est en ce sens que les commentateurs du centre de recherches et de diffusion juridique du Conseil d'État ont pu parler de « Conseil d'État, « régleur de différend » ». Le juge administratif raisonnera donc comme un administrateur et fixera, dans le cadre du règlement du différend, l'ensemble des droits et obligations des parties ou, pour utiliser les termes du rapporteur public, Jean-Philippe Thiellay, le juge aura la « faculté de substituer sa décision à celle de l'autorité administrative, en la réformant le cas échéant, en prévoyant des dispositions et des injonctions et en statuant sur l'objet même du différend qui avait été soumis au CSA ». Aussi après l'intervention de la décision du juge, « le différend devra pouvoir être regardé comme réglé, au moins dans les termes qui avaient été soumis à l'autorité de régulation »³⁹¹⁷.

1501. Les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris ne sont pas différents³⁹¹⁸. Étant donné la faiblesse du nombre de décisions annulées et réformées, il est difficile d'établir avec précision l'étendue des pouvoirs de la Cour dans ce domaine. La Cour y procède comme en matière de concurrence et de marché financier, elle examine les différents moyens d'annulation qui, dans le cas où l'un de ceux-ci prospérerait, l'amènent ensuite à se prononcer sur le fond du litige.

³⁹¹⁶ Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n° 335336, R.F.D.A., 2010, n° 5, p. 1078 ; A.J.D.A., 2010, p. 1924, note D. Botteghi, A. Lallet ; Revue Lamy droit de l'immatériel, 2010, n° 63, pp. 70-71, note L. Costes ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 24, 13 juin 2011, 704, n° 5, note L. Calandri.

³⁹¹⁷ Conclusions de J.-P. Thiellay, Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n° 335336.

³⁹¹⁸ V. On remarquera que l'ensemble de la bibliographie sur le sujet ne traite pas de la question du contrôle du pouvoir de règlement des différends, mais davantage celui de l'Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence) et de l'Autorité des marchés financiers. L. Richer, « Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », C.J.E.G., novembre 1990, pp. 367-379 ; L. Richer, « L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 depuis 1989 : principales décisions du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris », C.J.E.G., juin 1991, pp. 175-178 ; M.-C. Boutard Labarde, Y. Gaudemet, « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », Les Petites Affiches, n° 50, 25 avril 1990, pp. 7-14 ; P. Delvolvé, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, pp. 47-70 ; P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », Bulletin Joly Sociétés, 1 juin 1990 n° 6, p. 499, n° 133 ; D. de Béchillon, D. Martin, N. Molfessis, « À propos de l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions prises par l'Autorité des marchés financiers au sujet de la recevabilité d'une offre publique », Mélanges AEDBF – France IV, pp. 31-46 ; R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif », R.F.D.A., 1990, n° 5, pp. 757-763 ; Y. Gaudemet, « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du conseil de la concurrence », La Semaine Juridique Édition Générale n° 50, 15 décembre 1999, I 188 ; O. Ancelin, I. Fossati-Kotz, « L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 24, 16 juin 2011, 1458 ; M. Roseau, « La Cour d'appel de Paris et le contentieux objectif du droit de la concurrence : Du contrôle à la régulation ? Retour sur les années 2003-2006 », Concurrences, n° 3-2007, pp. 72-80 ; C. Pénichon, « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », Modernisation du droit de la concurrence, G. Canivet (dir.), Paris, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2006 ; B. Rajot, « Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 avril 2003, 666.

1502. Dans une décision *France Télécom c. Iliad*, la Cour d'appel juge ainsi que la violation du principe du contradictoire par l'Autorité de régulation des télécommunications justifie l'annulation, et doit l'amener à mettre en œuvre le pouvoir qu'elle tient de la loi de se prononcer « sur le différend dont l'Autorité était saisie »³⁹¹⁹, et ainsi de juger le litige au fond. Lorsque l'illégalité n'entache qu'une partie de la décision, la Cour d'appel de Paris en prononce l'annulation et, « statuant au lieu et place de l'Autorité et y ajoutant », la corrige et émet les injonctions correspondant à ses nouvelles conclusions³⁹²⁰.

1503. En somme, malgré la disparité des organes de contrôles, l'étendue de leurs pouvoirs, conformément à la volonté du législateur et aux standards du droit international, est assez homogène. Les juges se trouvent investis, dans l'exercice de leur pouvoir de réformation, d'un rôle de « régulation de deuxième niveau »³⁹²¹, ils doivent régler le bon niveau de sanction, établir les droits et obligations de chaque partie au différend.

Quelle est à présent l'étendue des pouvoirs des organes juridictionnels de contrôle au Royaume-Uni ?

2 — *La situation au Royaume-Uni*

1504. À cet égard, la situation juridique au Royaume-Uni est beaucoup plus différenciée allant de recours plus restreints que le *judicial review*, au *judicial review*, jusqu'à un véritable « *appeal* » devant le juge de droit commun ou le Competition Appeal Tribunal. Les pouvoirs du juge de *judicial review* ayant déjà été exposés plus haut, il faudra s'intéresser aux pouvoirs spéciaux du Competition Appeal Tribunal.

1505. Les pouvoirs du Competition Appeal Tribunal se distinguent nettement de la situation française, somme toute assez homogène. Le Competition Appeal Tribunal n'est en effet investi d'aucun pouvoir d'annulation ou de réformation de la décision attaquée. Son rôle est un rôle de contrôle qui se manifeste par l'émission d'une injonction dont le destinataire est l'autorité sectorielle. La loi dispose en effet que le Tribunal devra préciser dans sa décision quelle action appropriée l'autorité administrative devra prendre pour résoudre la question qui a fait l'objet du recours. L'injonction que formule le Tribunal s'explique par le fait que l'affaire est ensuite remise à l'autorité qui devra amender sa décision, en prenant en compte le jugement du Tribunal³⁹²².

1506. De même, lorsque le Tribunal exerce un pouvoir inspiré du *judicial review*, il ne dispose que de la possibilité d'annuler tout ou partie de la décision. Il doit ensuite la remettre à l'autorité administrative pour que celle-ci reconsidère sa décision à la lumière de la censure qu'elle a subie³⁹²³.

³⁹¹⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 6 avril 2004, *S.A. France Télécom c. S.A. Iliad*, n° RG 2003/18407 : Droit administratif, 2004, n° 7, comm. 117, pp. 29-31, note M. Sénac de Monsembernard. V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 février 2004, *E.D.F. c. Société Sinerg*, n° RG 2003/10671 : Droit administratif, 2004, n° 4, pp. 31-35, note M. Sénac de Monsembernard.

³⁹²⁰ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 3 avril 2007, *Société Telegate c. Société Orange France*, n° RG 2006/11319.

³⁹²¹ V. F. Dupuis-Toubol, « Le juge en complémentarité du régulateur », *Petites affiches*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 17.

³⁹²² V. Communications Act 2003, article 3, 4 et 6.

³⁹²³ V. Postal Services Act 2011, article 57(5), (6), (7) : « In determining an appeal under this section the CAT must apply the same principles as would be applied by a court on an application for judicial review. The CAT

1507. On voit donc que, même dans le cas où un *appeal* a été prévu par le législateur, le Tribunal ne dispose pas d'un pouvoir de réformation de la décision. L'autorité sectorielle restera l'auteur de la décision définitive, après avoir intégré les amendements commandés par le Tribunal.

Néanmoins la compétence des organes de recours n'est pas sans limites.

B — Limites

1508. L'étude des limites du pouvoir du juge met face à une évidence. Dans les deux systèmes juridiques concernés, l'instance de recours ne peut disposer de plus de pouvoirs que l'autorité administrative dont la décision est contestée. En dehors de ce constat d'évidence, la jurisprudence n'a pas atteint, dans les deux pays, le même point de raffinement. Des questions ont ainsi été tranchées en France alors qu'elle reste sans réponse au Royaume-Uni : la réformation est-elle possible si l'acte d'instruction est entaché d'irrégularité ? Existe-t-il un principe général interdisant au juge d'aggraver la sanction ? De nombreux éléments de comparaison sont encore incertains.

Le cas français sera examiné (1) avant de laisser la place au cas anglais (2).

I — Le cas français

1509. Les limites au pouvoir du juge français de la réformation tiennent d'une part à la compétence de l'organe originaire, au degré d'irrégularité de l'acte et enfin au principe de non-aggravation en matière répressive.

1510. Dans son pouvoir de réformation, le juge est lié par les pouvoirs que la loi a reconnus à l'autorité administrative. C'est ce qu'affirme la Cour d'appel de Paris à de nombreuses reprises³⁹²⁴. C'est pourquoi elle affirme que, pas plus que l'autorité sectorielle de l'énergie, elle ne peut, « prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur inexécution et pas davantage d'enjoindre la signature d'un contrat »³⁹²⁵. La Cour est aussi liée par les questions posées à l'autorité administrative : « l'initiative de France Télécom qui ne comporte aucune demande

must either dismiss the appeal, or quash the whole or part of the qualifying decision to which the appeal relates. If the CAT quashes the whole or part of a qualifying decision, it may refer the matter back to the person who made the decision with a direction to reconsider and make a new decision in accordance with its ruling ».

³⁹²⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 28 mai 2002, S.A. France Télécom, c. S.A. Free Télécom, n° RG 2001/21416 : « la juridiction de la Cour, saisie d'un recours contre une décision de l'A.R.T., ne peut s'exercer que dans la limite des compétences de l'Autorité et des questions qui lui ont été soumises, pour une éventuelle annulation ou réformation ». V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 7 décembre 2004, S.A. Mobius c. Société France Télécom, n° RG 2004/10272 : « considérant que, parmi les dispositions du nouveau Code de procédure civile, seules sont applicables en la cause celles auxquelles il n'est pas dérogé par des textes spéciaux et qui sont compatibles avec la nature particulière du contentieux du règlement de différend ; Que, l'article L 36-8, III du Code des postes et télécommunications instituant une voie de recours en réformation ou en annulation qui, serait-elle de plein contentieux, ne s'exerce que dans la limite des compétences de l'Autorité et des questions qui lui ont été soumises, les articles 555 et 564 sont inapplicables ». Dans des termes identiques : V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 7 décembre 2004, Société Outremer Télécom c. Société France Télécom, n° RG, 2004/10288. V. aussi P. Delvolvé, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », préc., spéc. n° 22 suiv..

³⁹²⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 février 2004, E.D.F. c. Société Sinerg, n° RG 2003/10671.

d'appréciation nouvelle des éléments de fait et de droit du seul différend dont le règlement a été assuré par l'ART n'est pas de nature à justifier la réformation »³⁹²⁶. Ainsi, explique Élisabeth Rolin « un opérateur n'est pas fondé à vouloir faire trancher, au détour d'un recours contre une décision de l'Autorité, des questions dont elle n'a pas été saisie et qui n'ont pas été débattues devant elle »³⁹²⁷.

1511. De plus, l'acte attaqué, pour pouvoir être réformé, ne doit pas, pour employer les termes d'Yves Gaudemet, être « condamné dans son principe »³⁹²⁸, c'est-à-dire notamment que la procédure ayant amené au prononcé de l'acte ne soit pas elle-même entachée d'irrégularité, auquel cas le juge ne pourra pas réformer l'acte sur le fondement d'une telle procédure et devra procéder à l'annulation pure et simple, à charge pour l'autorité administrative de recommencer la procédure en observant scrupuleusement les règles qui s'imposent à elle. Il ne faut pas non plus que la décision soit telle qu'elle ne soit tout simplement pas réformable et doive être annulée³⁹²⁹.

1512. Dans un autre cas, la Cour d'appel de Paris a pu considérer que l'erreur sur le destinataire de la décision, seul débiteur de l'obligation légale, implique que la décision soit remise à la Commission de régulation de l'énergie pour que celle-ci reprenne l'instruction. La Cour estime ainsi que la Commission « en écartant RTE de la procédure et en délivrant à EDF des injonctions que seul RTE était en mesure d'exécuter,... a méconnu ses pouvoirs et commis des erreurs de droit ; que sa décision doit être annulée de ce chef, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens, et, l'instruction devant être reprise sur les demandes formées par la Compagnie du Vent contre RTE dont la pertinence n'a pas encore été examinée, l'affaire doit être à nouveau soumise à la Commission de régulation de l'énergie »³⁹³⁰.

1513. De plus, en matière de sanction, les justiciables ne peuvent voir la sanction aggravée par le recours. Dans la décision du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a bien précisé que parmi les garanties encadrant le pouvoir répressif de l'Administration figurait bien celle en vertu de laquelle l'exercice du recours « ne peut conduire à aggraver sa situation [celle de la personne sanctionnée] »³⁹³¹. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'un principe général du droit. Le juge doit en revanche faire application, le cas échéant, de la loi d'incrimination moins sévère intervenue entre le moment de l'infliction de la sanction et le jour du jugement³⁹³². Il s'agissait d'une solution traditionnelle en droit pénal³⁹³³ et en droit administratif répressif.

³⁹²⁶ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 28 mai 2002, S.A. France Télécom c. S.A. Free Télécom, n° RG 2001/21416.

³⁹²⁷ V. E. Rolin, « La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'ART d'ouverture d'un nouveau pallier tarifaire pour l'accès "Internet à la minute" », La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications, n°26 juillet 2002, p. 6 suiv. ; Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, n° 1709.

³⁹²⁸ V. Y. Gaudemet, « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », préc., n° 11 et n° 13 suiv..

³⁹²⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H., 26 juin 2007, E.D.F. c. SIPPEREC, n° RG 2006/19689.

³⁹³⁰ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H., 30 mai 2006, E.D.F., R.T.E. c. Société compagnie du Vent, n° RG 2005/21057.

³⁹³¹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc., cons. 31.

³⁹³² V. Conseil d'Etat, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000.

³⁹³³ V. P.-D. de Boisvilliers, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », Revue de science criminelle 1993 p. 694.

1514. Les mêmes limites n'existent pas toutes en droit anglais. Il est d'abord constant, et cette règle est reprise par la loi, que l'instance de recours ne dispose que des mêmes pouvoirs que l'autorité administrative. Il semble évident que le Competition Appeal Tribunal ne pourrait, puisque c'est là son seul pouvoir, enjoindre à Ofcom de prendre une décision que la loi ne lui a pas donné la compétence de prendre. Mais la loi le précise tout de même³⁹³⁴.

1515. Existe-t-il un principe de non-aggravation de la sanction en droit anglais. Ce principe est parfois contenu dans la loi, par exemple dans les secteurs ferroviaire, gazier, de l'eau, qui interdit au juge d'aggraver la sanction³⁹³⁵. Mais ce n'est pas un principe général de *common law* anglais, qui s'imposerait au juge. De toute façon, cette hypothèse ne peut s'imposer que dans le cas d'un *appeal* et non d'un *judicial review* ; or, il n'existe pas encore de principes de droit administratif cohérent s'imposant à l'*appeal*.

1516. Il convient d'ajouter que le droit de l'Union européenne n'a pas pris explicitement position sur l'existence d'un tel principe. La Cour de justice, dans le cadre d'une question préjudicielle, a précisé en revanche que « le droit communautaire ne saurait obliger le juge national à appliquer d'office une disposition communautaire lorsqu'une telle application aurait pour conséquence d'écarter le principe, inscrit dans son droit procédural national, de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ». À s'en tenir à cette affirmation, le principe n'aurait pas de base européenne, il s'agirait juste d'un équilibre entre la primauté du droit de l'Union européenne qui impose au juge de relever d'office une violation de celui-ci et l'autonomie procédurale des États membres. Mais la Cour va plus loin et semble lui donner une base propre en affirmant ensuite : « En effet, une telle obligation heurterait non seulement les principes du respect des droits de la défense, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, qui sous-tendent ladite interdiction, mais elle exposerait le particulier ayant introduit un recours contre un acte lui faisant grief au risque qu'un tel recours le place dans une position plus défavorable que celle dans laquelle il se trouverait s'il s'était abstenu d'exercer ce recours »³⁹³⁶. Cette argumentation montre que ce principe pourrait trouver une assise dans les droits de la défense, la sécurité juridique et la confiance légitime.

Après avoir étudié le moment auquel statue le juge ainsi que ses pouvoirs, il faut étudier scrupuleusement l'intensité du contrôle. Au-delà des textes, la réalité du contrôle diverge.

III — *L'intensité du contrôle*

L'étude de la profondeur du contrôle doit distinguer nettement les deux grandes catégories de pouvoir à l'étude : le pouvoir de sanction et celui de règlement des différends. En plus de n'être pas confiés au même juge, ces deux pouvoirs posent des problèmes de contrôle très

³⁹³⁴ V. Communications Act 2003, article 195(5) : « The Tribunal must not direct the decision-maker to take any action which he would not otherwise have power to take in relation to the decision under appeal ». V. aussi Postal Services Act 2011, article 57(8).

³⁹³⁵ V. Railways Act 1993, article 57F ; Gas Act, article 30E ; Water Industry Act 1991, article 22E(3)(b) (les deux articles sont libellés de la même manière). Le juge ne pourra modifier la sanction que dans le sens de l'adoucissement. Ce n'est pas le cas dans le domaine de l'électricité.

³⁹³⁶ V. C.J.C.E., 25 novembre 2008, Heemskerk et Schaap, aff. C-455/06, Rec. I. 8763, spéc. §§ 46-47 ; Europe n° 7, juillet 2009, étude 7, note S. Cazet ; Europe n° 1, janvier 2009, comm. 6, note A. Rigaux.

différents. Alors que le pouvoir de règlement des différends impose au juge de disposer de compétences techniques très élaborées, celui de sanction met beaucoup moins à l'épreuve les compétences du juge. L'étude séparera donc ces deux moments, en se concentrant d'abord sur le pouvoir de sanction (A), avant d'examiner l'intensité du contrôle des décisions de règlement des différends (B).

A — Le contrôle du pouvoir de sanction

Deux points méritent ici d'être comparés. D'une part, la manière dont les juges dans les deux pays contrôlent le refus d'engager une procédure et, d'autre part, la manière dont ils contrôlent l'exercice du pouvoir de sanction.

I — Le contrôle du refus d'engager une procédure répressive

On étudiera d'abord la position en droit français (a), avant d'analyser les solutions du droit anglais (b).

a — Le contrôle du refus d'engager une procédure répressive en droit français

1517. L'analyse du contrôle sur les décisions de refus implique de mobiliser trois paramètres : ces décisions sont-elles susceptibles de recours ? Qui peut les attaquer ? Quel est le niveau de contrôle ? L'affaire Tinez, rendue à propos de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, fournit des réponses à l'ensemble de ces questions, car la manière dont le Conseil d'État répond à ces différentes questions rend cette solution, aux dires de Fabrice Melleray, « généralisable » aux autres autorités administratives indépendantes³⁹³⁷.

1518. D'abord, les décisions de refus d'engager une procédure répressive sont des décisions faisant grief, qui peuvent donc comme tel faire l'objet d'un recours devant le juge pour en contester le bien-fondé³⁹³⁸. Le commissaire Laurent Olléon a bien détaillé dans l'espèce Tinez la jurisprudence du Conseil d'État concernant la possibilité d'attaquer les décisions de refus d'engager une procédure disciplinaire³⁹³⁹ : les refus de saisir le juge judiciaire ou le juge

³⁹³⁷ V. la note de F. Melleray sous Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, n° 293952, Recueil Lebon p. 459, Petites affiches, 9 juin 2008 n° 115, p. 4. V. Conseil d'État, 5 décembre 2011, M. A., n° 319545, A.J.D.A. 2011 p. 2387.

³⁹³⁸ V. en matière audiovisuelle : Conseil d'État, 23 avril 1997, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, n° 131688, Recueil Lebon p. 163. V. pour une analyse de l'intérêt à agir en matière audiovisuelle, E. Guillaume, C. Beaugonin ; Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire de contentieux administratif, n° 40-44. V. dans le domaine des télécommunications : Conseil d'État, 28 juillet 2000, Société Copper Communication, n° 199773 : « La décision par laquelle l'autorité de régulation des communications rejette une demande tendant à ce que France Télécom soit sanctionnée, sur le fondement de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, pour manquement à ses obligations de neutralité et de confidentialité est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, préc., n° 134-139.

³⁹³⁹ V. L. Olléon, « Sécurité des marchés : le refus d'une autorité administrative indépendante d'engager une procédure disciplinaire — le cas de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, req. n° 293952 », RFDA 2008 p. 521 ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 14, 2 avril 2008, I 132, n° 2, note B. Plessix ; Concurrences, N° 1-2008, n° 15401, p. 203, note B. du Marais, P. Houédanou ; Revue juridique de l'économie publique n° 651, Mars 2008, comm. 11, note M. Collet.

administratif pour engager des procédures de sanction, comme le refus de se saisir de la Commission bancaire³⁹⁴⁰. Et le Conseil d'État de juger très clairement : « la décision qu'elle [l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles] prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir »³⁹⁴¹.

1519. Ensuite, le juge administratif accepte largement l'intérêt pour agir des personnes souhaitant contester le refus opposé par une autorité administrative indépendante d'exercer son pouvoir de sanction. L'ensemble des acteurs, des associations actives dans la défense des intérêts protégés par la législation pertinente a en général un intérêt à agir contre les décisions de refus. Dans le domaine audiovisuel, le Conseil d'État reconnaît l'intérêt pour agir de nombreux acteurs, comme la société des auteurs et compositeurs dramatiques³⁹⁴², ou de nombreuses associations³⁹⁴³. Dans l'affaire Tinez, concernant l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, le Conseil d'État a donné davantage de précision concernant la délimitation des personnes ayant un intérêt à agir contre les décisions de refus d'engager une procédure disciplinaire : « les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester cette décision »³⁹⁴⁴. Ce considérant est particulièrement significatif concernant l'ensemble des autorités de régulation intervenant sur un marché. L'existence d'un marché et l'intervention sur celui-ci confèrent aux intervenants un intérêt à agir contre les décisions de refus de ces autorités administratives. En l'espèce, la mission de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles est « de garantir, dans l'intérêt notamment des assurés, la sécurité du marché des produits d'assurance », aussi, « en leur qualité d'assurés », les requérants « sont recevables à demander l'annulation de la décision par laquelle l'ACAM a refusé d'exercer ces pouvoirs »³⁹⁴⁵. Le Conseil d'État a pris sur ce sujet le contre-pied de son commissaire, lequel contestait fermement l'intérêt à agir des assurés.

1520. Cependant le Conseil d'État vérifie que les statuts de l'association saisissante, son objet social, lui confèrent un intérêt direct pour attaquer la décision en question. Il refuse ainsi la requête d'une association dont les statuts, par leur généralité, ne lui confèrent pas un « intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de la décision »³⁹⁴⁶.

1521. Enfin, le contrôle sur le bien-fondé du refus est un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler en matière

³⁹⁴⁰ V. Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de Rimonteil de Lombares, Recueil Lebon p. 490.

³⁹⁴¹ V. Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, n° 293952, Recueil Lebon p. 459 ; AJDA 2007, p. 2285 ; RTD com. 2008. 275, obs. G. Orsoni.

³⁹⁴² V. Conseil d'État, 23 avril 1997, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, n° 131688, Recueil Lebon p. 163.

³⁹⁴³ V. Conseil d'État, 9 juin 2006, Association des usagers des médias d'Europe, n° 267898, inédit (recevabilité du recours de cette association contre le refus d'engager une procédure de mise en demeure contre une chaîne ne respectant pas ses obligations relatives à la législation sur l'usage de la langue française) ; Conseil d'État, 6 avril 1998, Union syndicale de la production audiovisuelle, n° 178445, inédit, A.J.D.A., 1998 p. 729, concl. D. Chauvaux (recevabilité de la requête d'une association professionnelle contre le refus d'engager une procédure de sanction).

³⁹⁴⁴ V. Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, préc..

³⁹⁴⁵ V. Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, préc..

³⁹⁴⁶ V. Conseil d'État, 14 mars 2001, Assoc. des jeunes téléspectateurs, n° 216156, inédit. L'Association des jeunes téléspectateurs avait pour objet social « de rassembler, au-delà des appartenances politiques, philosophiques ou religieuses, des personnes de toute nationalité désirant (...) promouvoir et favoriser l'expression des téléspectateurs sous toutes ses formes ». V. E. Guillaume, C. Beaugonin ; Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire de contentieux administratif, n° 44.

audiovisuelle³⁹⁴⁷. Les autorités sectorielles disposent ainsi d'une liberté d'appréciation, que le juge respecte, mais que le juge contrôle. Le Conseil d'État prend ainsi toujours le soin de préciser que, si la loi laisse à l'autorité administrative « le soin d'apprécier [...] si, compte tenu des circonstances et de la nature des manquements constatés, il y a lieu pour lui de prendre immédiatement une telle mesure », c'est toujours, « sous le contrôle du juge »³⁹⁴⁸. Ce contrôle limité est confirmé de manière très nette dans l'espèce *Tinez* : « il appartient au juge de censurer celle-ci [la décision de refuser de donner suite à la plainte] en cas d'erreur de fait ou de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir ».

1522. Il est possible de conclure que le prétoire du juge administratif, juge ici de l'excès de pouvoir et non de pleine juridiction, est largement ouvert pour contester les décisions de refus d'engager une procédure répressive. Cependant, le contrôle du juge reste ici limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Qu'en est-il au Royaume-Uni ?

b — Le contrôle du refus d'engager une procédure répressive en droit anglais

1523. Le manque de jurisprudence rend la comparaison sur l'ensemble des points étudiés précédemment difficile. Il est possible cependant d'affirmer, dans l'état de la jurisprudence anglaise, que les solutions ne seraient pas différentes concernant la possibilité d'attaquer une décision de refus ainsi que sur l'ouverture du recours à de nombreux opérateurs.

1524. Cependant, il est intéressant d'étudier la profondeur du contrôle, qui semble manifester une différence de degré. Deux affaires méritent d'être étudiées. Malgré le contrôle restreint qu'opère le juge, dans l'espèce *Tinez*, il contrôle le bien-fondé des arguments avancés par les requérants. Les requérants soutenaient que l'autorité administrative aurait dû mettre en œuvre ses pouvoirs de sanctions à l'encontre de la compagnie d'assurances, laquelle avait sous-estimé dans ses comptes le montant de son exposition à certains risques contentieux. Le Conseil d'État examine en réalité minutieusement les arguments, qui sont rejetés, car ceux-ci ne sont pas appuyés sur des éléments de preuve suffisants. En réalité, les requérants ne sont pas parvenus à prouver la nécessité pour l'autorité administrative d'intervenir.

1525. En regard, une affaire au Royaume-Uni montre une différence d'approche notable. L'affaire *Cityhook*, concernant l'Office of Fair Trading, permet de comprendre comment le juge anglais contrôle le refus d'engager une procédure de sanction. Dans cette affaire, la société requérante s'était plainte à l'Office d'une pratique de boycott mise en œuvre par des concurrents et des opérateurs sur son marché. L'Office conclut que les allégations en question

³⁹⁴⁷ V. Conseil d'État, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, n° 131688, Recueil Lebon p. 163 : « Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur l'appréciation à laquelle se livre le Conseil supérieur de l'audiovisuel lorsque, saisi sur le fondement du troisième alinéa de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 d'une demande tendant à ce qu'il mette en demeure le titulaire d'une autorisation d'exploiter un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui lui sont imposées, il estime qu'il n'y a pas lieu pour lui de prendre une telle mesure. Il appartient au Conseil supérieur de l'audiovisuel, lorsqu'il est saisi en application du troisième alinéa de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 d'une demande tendant à ce qu'il mette en demeure le titulaire d'une autorisation d'exploiter un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui lui sont imposées, d'apprécier, sous le contrôle restreint du juge de l'excès de pouvoir, si, compte tenu des circonstances et de la nature des manquements constatés, il y a lieu pour lui de prendre une telle mesure ».

³⁹⁴⁸ V. Conseil d'État, 9 juin 2006, *Association des usagers des médias d'Europe*, n° 267898, inédit.

justifiaient l'ouverture d'une enquête, mais qu'elle décida ensuite de clore, mettant ainsi fin aux poursuites. La question de l'intérêt à agir ne se posait pas ici, Cityhook étant directement concerné par la décision ; la permission du juge pour former le recours fut aisément accordée.

1526. La difficulté de l'affaire tenait au fait que l'enquête de l'Office avait permis de mettre en évidence des pratiques, mais que, depuis 2002, l'Office s'était engagé dans une réforme complète de ses méthodes de traitement des affaires pendantes et des priorités dans le traitement des dossiers. Aussi, le refus d'engager des poursuites avait pour motif affiché et non dénié, non pas l'inexistence de l'infraction, mais un choix d'allocation des ressources et de priorisation des dossiers. Pour le juge, ce choix est exempt de contrôle : « l'allocation de ressources limitées pour exécuter les obligations législatives [...] est une appréciation laissée à la discrétion de l'instance chargée de ces responsabilités »³⁹⁴⁹. En réponse, le requérant avançait que l'Office aurait dû faire ce choix avant d'ouvrir une phase d'enquête.

1527. Mais le juge, opérant une analogie entre les pouvoirs de l'Office et ceux du directeur du Serious Fraud Office en matière criminelle (le *judicial review* étant une procédure couvrant aussi bien les affaires pénales qu'administratives), cita une décision dans laquelle Lord Bingham of Cornhill affirma que les tribunaux n'interviendront, pour annuler une décision de ne pas poursuivre, que dans des « circonstances hautement exceptionnelles »³⁹⁵⁰.

1528. Aussi, pour le juge, la décision de concentrer les ressources de l'Office vers les affaires les plus graves est une décision raisonnable, qu'il est légal pour une autorité administrative de prendre. Le juge affirme que cette conclusion ne l'enthousiasme pas, d'autant que l'Office avait mis en évidence des éléments pouvant laisser penser à l'existence d'un manquement, après une enquête de quatre ans, qui faillit déboucher sur une décision formelle de l'Office. C'est une modification dans la priorisation des dossiers de l'autorité qui empêche l'émission de la décision et non l'inexistence de l'infraction. Le juge ajoute même que la décision de clore le dossier était pour le moins peu convaincante.

1529. Malgré cela, le pouvoir de l'Office de clore un dossier est un pouvoir que l'autorité administrative doit pouvoir exercer. Seules des circonstances particulières pourraient justifier l'intervention du juge³⁹⁵¹. Cette solution est constante en droit administratif anglais. La doctrine relève pourtant que, lorsqu'une autorité administrative est chargée par la loi du soin de poursuivre et de sanctionner les infractions, ce pouvoir devrait être interprété non comme

³⁹⁴⁹ V. The Queen (on the application of) Cityhook Limited Cityhook (Cornwall) Limited v Office of Fair Trading [2009] EWHC 57 (Admin), § 88.

³⁹⁵⁰ V. Regina (Corner House Research and another) v Director of the Serious Fraud Office (Justice intervening) [2008] 3 WLR 568, § 30 : « It is accepted that the decisions of the Director are not immune from review by the courts, but authority makes plain that only in highly exceptional cases will the court disturb the decisions of an independent prosecutor and investigator ». Le juge cite comme autorité : R v Director of Public Prosecutions, Ex p C [1995] 1 Cr App R 136, 141 ; R v Director of Public Prosecutions, Ex p Manning [2001] QB 330, § 23 ; R (Birmingham) v Director of the Serious Fraud Office [2007] QB 727, §§ 63–64 ; Mohit v Director of Public Prosecutions of Mauritius [2006] 1 WLR 3343, § 17 et 21 ; Sharma v Brown-Antoine [2007] 1 WLR 780, § 14(1)–(6).

³⁹⁵¹ V. The Queen (on the application of) Cityhook Limited Cityhook (Cornwall) Limited v Office of Fair Trading [2009] EWHC 57 (Admin), § 165 : « The power of this court to intervene, not merely at the stage with which that case was concerned, but in the stages of the process with which this case is concerned, exists. However, it exists within the well-established, but relatively limited, traditional public law parameters. When it comes to the most appropriate allocation of limited resources, whether financial or manpower or both, the court may only require the body charged with the statutory responsibility for the deployment of those resources to think again if the decision under challenge was irrational in the Wednesbury sense. For the reasons I have given, I am unable to conclude that that threshold has been crossed in this case ».

une faculté, mais plutôt comme une obligation³⁹⁵². Pourtant, le motif tiré des ressources limitées de l'Administration est un motif légitime de refus d'engager des poursuites³⁹⁵³.

1530. On voit que le contrôle des juges dans ces deux affaires est différent, les deux appliquant pourtant des standards de contrôle minimum, erreur manifeste d'appréciation dans un cas et irrationalité dans l'autre. Dans les deux cas, les juges examinent le bien-fondé de la décision, mais la conclusion est différente. C'est le fait que les requérants n'apportent pas la preuve de leurs allégations qui justifie pour le Conseil d'État le maintien de la décision alors que, dans le cas de l'Office of Fair Trading, il y a un début de preuve, de l'aveu même de cette autorité. Mais la décision de clore l'affaire ne peut être contestée. Là où le Conseil d'État cherche à « encadrer les motifs d'intérêts généraux de l'exercice, par l'autorité, de son pouvoir discrétionnaire de refus de poursuivre (gravité, indices, date, contexte, notamment) »³⁹⁵⁴, le juge anglais, tout en le déplorant, refuse un tel encadrement.

1531. Les deux affaires ne sont pas parfaitement identiques, les motifs du refus de poursuivre sont dans un cas non constitués, dans l'autre ils semblent fortement l'être, mais un choix administratif a motivé de mettre fin à la procédure. Que dirait le juge français devant un tel motif ? On aimerait à croire qu'il censurerait une telle approche. L'affaire Tinez amène à le penser, car si la conclusion du juge est que le grief n'est pas prouvé, *a contrario* pourrait-on penser que s'il l'avait été sa conclusion eût été différente.

Il faut à présent étudier le contrôle de l'exercice du pouvoir de sanction en France.

2 — *Le contrôle du pouvoir de sanction en France*

1532. Le contrôle du pouvoir de sanction est somme toute assez classique, et ne met pas le juge face à des difficultés particulières. Il faut toutefois affirmer que le contrôle est ici dénué de spécificité.

1533. Le juge administratif sanctionne ainsi classiquement l'illégalité externe et interne de l'acte, sans que ce contentieux manifeste une spécificité particulière de la matière.

1534. Au titre de l'illégalité externe, le Conseil d'État examinera la compétence de l'autorité sectorielle. Le Conseil constitutionnel a en effet explicitement limité la compétence des autorités sectorielles qui n'est pas uniquement délimitée par la qualité des opérateurs, en d'autres termes ce n'est pas parce qu'un opérateur est autorisé à exercer son activité par l'autorité sectorielle que celle-ci se trouve compétente pour sanctionner l'ensemble des manquements que cet opérateur commettrait. Le Conseil constitutionnel précise ainsi que la dévolution d'un pouvoir de sanction doit être limitée à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de sa mission³⁹⁵⁵. La compétence de l'autorité sectorielle est donc

³⁹⁵² V. De Smith's Judicial Review, préc., n° 5-071.

³⁹⁵³ V. R v Secretary of State for Social Services, Ex p Hincks (1980) 1 BMLR 93 ; R v Cambridge Health Authority, Ex p B [1995] 1 WLR 898 ; R v North and East Devon HA, ex parte Coughlan [2001] QB 213 ; R v Chief Constable of Sussex, ex p International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 AC 418.

³⁹⁵⁴ V. J.-L. Autin, Autorités administratives indépendantes, JurisClasseur Administratif, Fasc. 75, n° 135. Cet extrait Jean-Louis Autin commente bien l'arrêt Tinez.

³⁹⁵⁵ Le considérant utilisé systématiquement par le Conseil est qu'aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que le législateur dote une autorité administrative de pouvoirs de sanction « dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc., cons. 27 ; 27 juillet 2000, Loi modifiant la

nécessairement aussi délimitée en fonction de la législation à appliquer, ce qui amène l'ancienne Autorité de régulation des télécommunications à refuser de sanctionner des manquements, au code de commerce par exemple³⁹⁵⁶. Un moyen particulièrement récurrent d'incompétence est soulevé, pour être systématiquement écarté ; c'est celui de l'incompétence du président de l'autorité pour prendre la sanction. En effet, la sanction émane le plus souvent du président de l'autorité qui l'a signée, mais elle a toujours été préalablement délibérée et décidée par le collège. Aussi, le Conseil d'État écarte-t-il systématiquement ce moyen³⁹⁵⁷.

1535. De même, classiquement, le Conseil d'État vérifiera le respect des règles de procédures qui s'imposent à l'autorité administrative dans la mise en œuvre de son action répressive. Ici, le Conseil d'État fait une nette différence entre la procédure de mise en demeure, laquelle n'est soumise à « aucune procédure préalable »³⁹⁵⁸ ni aucun principe particulier³⁹⁵⁹, et celle de sanction, soumise, comme on l'a étudié plus haut, à une procédure plus protectrice.

1536. Au titre de l'illégalité interne, le juge administratif examine l'erreur de droit comme l'erreur de fait ainsi que l'erreur de qualification juridique des faits ou le détournement de pouvoir.

1537. Il est assuré que le juge administratif contrôle bien la matérialité des faits ayant justifié la procédure³⁹⁶⁰ ; il en contrôle aussi la qualification juridique. Le contentieux de l'audiovisuel fournit des exemples nombreux où le Conseil d'État examine si les propos litigieux constituent bien une atteinte à la dignité de la personne humaine, ou encore s'ils sont de nature à heurter un jeune public³⁹⁶¹.

1538. Au titre de l'erreur de droit, le juge administratif contrôle le respect par les autorités sectorielles de l'ensemble des normes internes et internationales qui s'imposent à elles. Le contentieux du Conseil supérieur de l'audiovisuel fournit de nombreux exemples. Ainsi, le Conseil d'État annule la décision de retrait d'une autorisation prononcée par le Conseil, celui-ci s'étant servi de cette procédure pour sanctionner le non-respect par le titulaire de l'autorisation de ses obligations conventionnelles alors qu'elle avait été envisagée dans un but différent par le législateur, en cas de modifications des données au vu desquelles

loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, préc., cons. 50 ; 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, préc., cons. 14 et 16.

³⁹⁵⁶ V. Autorité de régulation des télécommunications, déc. n° 00-201 DC du 8 mars 2000 rejetant la demande de la société Edditec tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications. V. I. Luben, « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », préc., note 6 et 7.

³⁹⁵⁷ V. Conseil d'État, Ass., 11 mars 1994, Société La Cinq, n° 115052, préc. ; Conseil d'État, 31 janvier 2007, Compagnie Corsair Internationale SA, Recueil Dalloz 2007 p. 757, concl. I. de Silva ; Conseil d'État, 14 juin 1991, association Radio Solidarité, n° 107365 ; Conseil d'État, 24 janvier 2007, Association Parti libéral modéré, n° 284060 ; Conseil d'État, 19 mars 2003, Société Métropole Télévision (M6), n° 204515.

³⁹⁵⁸ V. Conseil d'État, 14 juin 1989, Société Soritel, n° 95031, Recueil Dalloz 1990. p. 291 ; 23 avr. 1997, Société Serc Fun Radio, n° 162688. V. E. Guillaume, C. Beaugonin, Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire de contentieux administratif, n° 149.

³⁹⁵⁹ La procédure de mise en demeure n'a pas à être précédée d'une procédure contradictoire : Conseil d'État, 15 janvier 1997, Société Serc Fun Radio, n° 155049, Recueil Lebon tables, p. 1058 ; 23 avril 1997, Société France 2, req. n° 162797, Rec. CE, table, p. 1059.

³⁹⁶⁰ V. Conseil d'État, 13 février 1991, Sté Île-de-France Média, n° 98809 : « la matérialité des faits sur lesquels repose la sanction prise à l'encontre de la société "Île- de-France Média" n'est pas établie ». Conseil d'État, 9 octobre 1996, Association Ici et Maintenant, n° 173073 : « la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui sanctionnait les propos susmentionnés ne repose pas sur des faits matériellement inexacts ».

³⁹⁶¹ V. Conseil d'État, 9 octobre 1996, Association Ici et Maintenant, n° 173073. Les propos racistes et antisémites proférés sur une radio sont bien attentatoires à la dignité de la personne humaine.

l'autorisation avait été délivrée³⁹⁶². En détournant cette procédure de sa finalité, le Conseil méconnaît le champ d'application de la loi.

1539. Le moyen souvent invoqué à l'encontre de l'exercice du pouvoir de sanction des autorités de l'audiovisuel est le non-respect de la liberté d'expression, principe de valeur constitutionnelle, contenu à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce moyen a donné lieu à un contentieux aussi bien en France qu'au Royaume-Uni, sans pour autant impressionner les juges. Il est constant que l'exercice d'une liberté doit être concilié avec l'ensemble des autres exigences de la vie en société et notamment la protection légitime de la dignité de la personne humaine et de l'ordre public. C'est pourquoi des propos qui porteraient « une atteinte à la dignité de la personne humaine et à la sauvegarde de l'ordre public », constitués en l'espèce par les déclarations d'un présentateur de radio se réjouissant de la mort d'un policier, ne peuvent recevoir la protection du principe de liberté d'expression³⁹⁶³.

1540. Dans le contentieux des sanctions, le Conseil d'État opère un contrôle normal de la décision³⁹⁶⁴. Il contrôle aussi la proportionnalité de la sanction, en prenant en compte la gravité des faits, leur réitération éventuelle, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'étudier³⁹⁶⁵.

1541. Qu'en est-il à présent du degré de contrôle sur l'exercice du pouvoir de sanction au Royaume-Uni ?

3 — *Le contrôle du pouvoir de sanction au Royaume-Uni*

1542. Ce qui frappe d'emblée le comparatiste à l'analyse des décisions de justice contrôlant des sanctions est l'absence presque totale de référence à l'article 6 et au droit au procès équitable et aux droits de l'homme de manière générale.

1543. La rareté des décisions et l'hétérogénéité des recours rendent l'analyse malaisée. Il est toutefois possible de distinguer deux hypothèses : celle dans laquelle le seul recours disponible contre la sanction est le *judicial review* et celle dans laquelle un *appeal* a été prévu.

1544. Lors d'un recours en *judicial review*, le Tribunal contrôlera classiquement l'erreur de droit, le respect de la procédure ainsi que le caractère raisonnable de la sanction. Dans une affaire dans laquelle Royal Mail contestait une sanction pécuniaire imposée par The Postal Services Commission (Postcomm), l'argument central du requérant était que la fixation du montant de la sanction n'était pas en accord avec la manière dont la Commission avait annoncé qu'elle estimerait ce montant dans une instruction. La Commission reprochait à l'opérateur postal un pourcentage important de perte de courrier et donc un manquement aux obligations contenues dans son autorisation. L'instruction qu'avait établie la Commission affirmait que le montant des sanctions qu'elle imposerait devrait être « solidement établi dans les faits ». Or, ici la Commission avait estimé que 50 % des pertes de courrier devaient être

³⁹⁶² V. Conseil d'État, 27 septembre 2006, Association Fréquence Mistral c. CSA, n° 274150 : Gazette du Palais, 19 juillet 2007, n° 200, p. 30, note A. Stutzmann, M. Soulez.

³⁹⁶³ V. Conseil d'État, 20 mai 1996, Société Vortex, n° 167694, Recueil Lebon p. 189, AJDA, 1996, p. 711.

³⁹⁶⁴ V. Conseil d'État, Ass., 11 mars 1994, S. A. La Cinq, préc..

³⁹⁶⁵ V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, préc., n° 156-163.

attribuées au manquement de Royal Mail. Ce chiffre ne pouvait, pour les requérants, constituer une évaluation solidement établie.

1545. Mais ici encore, le juge interprète cette condition, que la Commission s'est imposée d'elle-même, dans le cadre des pouvoirs que la loi lui a délégués et du pouvoir discrétionnaire important dont elle dispose à cet effet. Ici, comme le résume bien le juge Sedley, Royal Mail s'en tient à une argumentation tirée du droit pénal : c'est à la Commission de prouver le manquement exact de Royal Mail et, en l'absence d'une telle preuve, aucune sanction ne peut être imposée. Le juge balaye cet argument³⁹⁶⁶.

1546. Seule une affaire concernant Ofcom et son pouvoir en matière audiovisuelle a mis en jeu le contrôle d'une sanction à l'aune d'une liberté publique, la liberté d'expression. Il s'agit de l'affaire Gaunt, dans laquelle un journaliste ayant traité son invité de nazi, Ofcom avait engagé une procédure contre la radio ayant conclu à un manquement, mais l'autorité n'avait imposé aucune sanction à cette société³⁹⁶⁷. Le journaliste en question forma un recours en *judicial review* contre cette décision, tirant argument de l'ingérence qu'elle constituait dans son droit à la liberté d'expression, reconnu par la Convention européenne, et intégré à l'ordre juridique anglais par la loi sur les droits de l'homme de 1998 qu'Ofcom avait l'obligation de respecter.

1547. Toutefois ici, le contrôle que met en œuvre le juge est apparemment un contrôle de proportionnalité entre la décision et la liberté d'expression dont doit pouvoir jouir le journaliste³⁹⁶⁸. Le juge reconnaît que le thème de l'émission, politique et polémique, ainsi que la personne interrogée, une personnalité politique rompue aux entretiens musclés, doivent entrer en compte pour apprécier le degré de protection que cette liberté accorde aux propos choquants ou insultants. Cependant, le caractère gratuit de ces insultes, leur absence de contenu et, de surcroît, l'absence de sanction ne constituent pas une ingérence disproportionnée dans le droit dont jouit le journaliste.

1548. La Cour d'appel confirma en entier ce jugement tout en apportant des précisions³⁹⁶⁹. Le contrôle du juge est bien un contrôle rigoureux et approfondi qui doit, en l'espèce, prendre en compte le caractère d'intérêt public de l'émission, dont le thème était de discuter de l'opportunité d'exclure les fumeurs de la possibilité d'adopter des enfants, comme son statut d'émission en direct, et la réputation du journaliste d'être véhément ainsi que le statut d'homme politique de l'invité. Toutefois l'absence de sanction rend l'ingérence tout à fait proportionnée aux faits reprochés.

³⁹⁶⁶ V. *Royal Mail Group Plc v The Postal Services Commission* [2008] EWCA Civ 33, spéc. §§ 34-36 : « Royal Mail appears to take the approach traditional in criminal cases in which a defendant could do nothing and see whether the prosecution can prove its case, an approach now much qualified even in criminal cases ... Royal Mail's submission that in the absence of proof of a precise percentage of loss resulting from the breach of licence, no penalty at all can be imposed, demonstrates the fallacy of the stance it has taken, in my view ».

³⁹⁶⁷ On a vu plus haut que la procédure de sanction suivie par Ofcom se déroule en deux temps. Dans une première instance, l'autorité examine s'il y a eu ou non un manquement. Si le manquement est avéré, elle prononce une décision en ce sens, puis elle décide s'il y a lieu ou non de saisir l'instance, interne à Ofcom, compétente pour décider d'une sanction. Ici, la procédure en est restée à la première phase.

³⁹⁶⁸ V. *Regina (Gaunt) v Office of Communications (Liberty intervening)* [2010] EWHC 1756 (Admin) §§ 42-44 : « the court's task is to decide for itself whether the amended finding disproportionately infringed the claimant's article 10 right to freedom of expression ... whether the amended finding fulfilled a pressing social need and constituted a proportionate interference with the claimant's freedom of expression ».

³⁹⁶⁹ V. *HM The Queen on the application of Jon Gaunt v The Office of Communications* [2011] EWCA Civ 692.

1549. Mais dans chacun de ces jugements, les juges manifestent la déférence qu'ils doivent aux appréciations de l'autorité administrative.

1550. L'absence de jurisprudence sur le contrôle juridictionnel des sanctions en *appel* rend l'analyse difficile. On voit toutefois, dans les deux affaires analysées, la différence de contrôle lorsqu'une question de respect des libertés fondamentales est en jeu. L'intensité du contrôle varie en fonction de l'intérêt protégé, lorsqu'il s'agit d'un pur intérêt financier et qu'aucun droit n'est en jeu, les juges sont beaucoup plus enclins à s'en remettre à l'avis de l'autorité administrative même si, dans les deux cas, le résultat est négatif pour le requérant.

1551. La singularité du contrôle sera beaucoup mieux mise en valeur par l'analyse comparée des décisions de règlement des différends devant le Competition Appeal Tribunal.

B — Le contrôle du pouvoir de règlement des différends

1552. La question qui se pose donc ici est de savoir si les caractères particuliers du Competition Appeal Tribunal, et notamment sa spécialisation et son expertise, lui permettent d'avoir un contrôle plus approfondi que celui du Conseil d'État ou de la Cour d'appel de Paris.

1553. Quelle est la profondeur réelle du contrôle sur les faits économiques qui sont soumis au juge ? La réponse à cette question n'est pas aisée, surtout si l'objectif est bien la comparaison d'un système basé sur l'expertise (le modèle anglais) et d'un système généraliste. Les difficultés sont en effet nombreuses : le contrôle juridictionnel du règlement des différends est aujourd'hui confié à deux juridictions et, surtout, les domaines ne posent pas les mêmes difficultés. Les problématiques du secteur audiovisuel ne sont pas aussi techniques que celles qui irriguent les secteurs des communications électroniques ou de l'énergie.

Après avoir analysé la situation du contrôle en France (1), on étudiera celle qui règne au Royaume-Uni (2).

1 — Le contrôle du règlement des différends en droit français

1554. Guy Canivet pose la question essentielle, celle du lien entre la formation et l'expertise des juges et celle de la profondeur du contrôle : « plus le juge a acquis de connaissances techniques, plus il peut avancer dans le contrôle de l'opportunité des décisions de l'autorité de régulation sectorielle »³⁹⁷⁰.

1555. L'analyse en droit français en matière de contrôle au fond des décisions de règlement des différends confirme ce constat. Il n'est pas de dire, comme l'avait fait Stavroula Ktistaki, que l'extension du contrôle des faits dans le contentieux économique est « discontinuée »³⁹⁷¹ ; il s'agit de montrer d'abord les contradictions de la Cour d'appel de Paris dans la profondeur de son contrôle, ainsi que la faiblesse des solutions lorsque cette Cour procède à la réformation des décisions, enfin, l'absence de méthode dans le contrôle. On pourra en dernier lieu noter la faiblesse du recours à l'expertise.

³⁹⁷⁰ V. G. Canivet, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in *Droit et économie de la régulation*, tome 1, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 184-193 spéc. § 26.

³⁹⁷¹ V. S. Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, Coll. Bibl. de droit public, tome 162, pp. 141-185

1556. La doctrine a interprété unanimement les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris, laquelle peut annuler ou réformer les décisions des autorités soumises à son contrôle, comme impliquant un pouvoir de pleine juridiction³⁹⁷². Par conséquent, comme le soulignent Damien Botteghi et Alexandre Lallet, le pouvoir du Conseil d'État sur les décisions de règlement des différends du Conseil supérieur de l'audiovisuel, ne peut être limité au contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation », car « cette notion de contrôle restreint (ou de contrôle normal) n'a de sens et de portée qu'en excès de pouvoir »³⁹⁷³. C'est aussi ce qu'affirme Hélène Lepetit-Collin dans sa thèse sur le recours objectif de pleine juridiction : « le pouvoir de réformation », explique-t-elle, « place le juge du plein contentieux objectif dans un rapport exigeant avec le principe de légalité ». Aussi, ce juge ne peut-il « se contenter d'exercer un contrôle « minimum » », car « une telle abstention paralyserait l'exercice du pouvoir de réformation ». Son contrôle ne peut pas non plus être limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pour cet auteur. Le contrôle doit être plein tant sur les faits que sur leur qualification juridique³⁹⁷⁴.

1557. Or, on ne peut que constater que le contrôle réel exercé par la Cour d'appel de Paris oscille entre de multiples affirmations. Elle affirme bien, dans certains jugements, disposer du « pouvoir de se prononcer sur le fond du litige, en contrôlant la pertinence de la motivation de la décision contestée et l'application faite par l'ART des règles de droit applicables, en s'assurant également d'une juste appréciation par l'ART des droits et obligations des parties »³⁹⁷⁵. La Cour avait, à l'occasion de cette décision qui n'a pas tranché l'affaire au fond, décidé d'une opération d'expertise afin de disposer des éléments suffisants pour statuer.

1558. Mais, dans le même temps, la Cour semble limiter son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation. On peut en effet lire, à de nombreuses reprises, que l'autorité n'a commis « aucune erreur manifeste d'appréciation »³⁹⁷⁶, ce standard étant parfois intégré dans une motivation confuse³⁹⁷⁷. L'utilisation de cette expression est souvent maladroite. On peut lire

³⁹⁷² V. P. Delvolvé, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », préc., n° 15-16 ; Y. Gaudemet, « Le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », préc. ; D. de Béchillon, D. Martin, N. Molfessis, « A propos de l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions prises par l'Autorité des marchés financiers au sujet de la recevabilité des offres publiques », préc., p. 33 ; M.-C. Boutard-Labarde, Y. Gaudemet, « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », préc., spéc. p. 9 ; P. Delvolvé, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », préc., p. 60, n° 28-29 ; L. Richer, « Autorité de régulation : règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », préc. ; P. Terneyre, « La compétence du juge administratif », AJDA 2000 p. 697 ; A. Louvaris, « Lois techniques et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », Petites affiches, 5 juillet 2007, n° 134, p. 60, n° 29 ; J.-M. Hubert, « Les Entretiens de l'A.R.T. - Droit des télécommunications : bilan et perspectives », Petites affiches, 10 septembre 1999, n° 181, p. 3.

³⁹⁷³ V. D. Botteghi, A. Lallet, « Le Conseil d'État, "régleur" de différends », préc., p. 1926.

³⁹⁷⁴ V. H. Lepetit-Collin, Recherches sur le plein contentieux objectif, préc., pp. 520 suiv..

³⁹⁷⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 26 février 2002, 9 Télécom Réseau c. France Télécom : « La Cour d'appel de Paris ordonne une expertise pour mieux exercer son rôle de juge de plein contentieux en matière de régulation », Droit administratif, 2002, n° 4, avril, Commentaires, n° 75, p. 31, note Martine Lombard

³⁹⁷⁶ V. E. Rolin, « La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'ART d'ouverture d'un nouveau palier tarifaire pour l'accès "Internet à la minute" », préc.. Elle affirme, à propos de la décision de la Cour d'appel du 28 mai 2002 opposant France Télécom à Free que « que dans le cadre de sa motivation circonstanciée sur le fond, elle [la Cour d'appel de Paris] s'est placée dans cette affaire sur le terrain de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, donc d'un contrôle restreint, pour rejeter l'argumentation de France Télécom ».

³⁹⁷⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 20 janvier 2004, France Télécom c. UPC France, n° RG 03/12848 : « Considérant que l'A.R.T. s'est prononcée sur des circonstances de fait et des demandes contradictoirement débattues devant elle, selon une décision qui, par les méthodes de calcul des tarifs mises en oeuvre et les

ainsi : « Considérant que les énonciations de la décision attaquée ne comportent pas d'erreur manifeste d'appréciation puisque le nouveau tarif déterminé par l'Autorité pour Free Télécom est sans incidence sur la nature des prestations incombant à France Télécom ou sur le niveau de sa propre rémunération ». Or, ce n'est pas cela une erreur manifeste d'appréciation. Il aurait fallu que la Cour d'appel confronte l'appréciation de l'Autorité à ses obligations légales. L'erreur manifeste sert en effet de contrôle minimum lorsque la loi laisse un pouvoir discrétionnaire important à une autorité administrative. Mais ici la motivation de la Cour consiste à récuser l'existence d'une erreur manifeste au motif que le tarif serait sans incidence sur la nature des prestations incombant à France Télécom et sur le niveau de sa rémunération. À la rigueur, la Cour d'appel, si elle avait voulu mettre en œuvre un contrôle minimum, aurait dû énoncer que la décision n'encourt pas la critique car, étant donné les critères fixés par les dispositions législatives et réglementaires, l'Autorité n'a pas commis d'erreur manifeste. La motivation est ici clairement inadéquate.

1559. L'analyse de la jurisprudence montre en réalité que la Cour d'appel de Paris ne maîtrise pas les demandes des parties. Ce sont en effet souvent les parties elles-mêmes qui soulèvent le grief tiré d'une prétendue erreur manifeste. Prisonnière de la nécessité de répondre à l'ensemble des moyens soulevés par les requérants, elle ne pose pas clairement sa doctrine de contrôle en requalifiant les moyens, si bien qu'elle est amenée à mélanger les standards de contrôle³⁹⁷⁸. Ici encore, comme en *common law*, le caractère accusatoire de la procédure nous semble être un obstacle à un contrôle adéquat de l'Administration.

1560. Outre cette utilisation désordonnée des standards des contrôles, tout pousse à croire que la Cour exerce en réalité un contrôle minimum. La Cour énonce, au fil de ses décisions, que l'autorité « a pu légitimement tenir compte » de tel ou tel élément, qu'elle « était en droit »³⁹⁷⁹ sans vérifier et examiner, ce qui est le sens d'un contrôle de légalité, si la méthode utilisée permet d'accomplir les objectifs législatifs.

distinctions de périodes opérées, procède, non d'une erreur manifeste d'appréciation de ces circonstances ou demandes, mais de l'obligation de concilier les intérêts contradictoires des parties en adaptant la liberté tarifaire invoquée par UPC FRANCE à l'efficacité économique voulue par le législateur ». En quoi l'erreur manifeste d'appréciation peut-elle n'être pas constituée par l'obligation qui incombe à l'Autorité de concilier des intérêts contradictoires. V. aussi Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 30 janvier 2007, S.F.R. c. Société Afine, n° RG 2006/07964 : « au demeurant, la décision rappelle, en page 28, que l'engagement de SFR visait à préférer "les acteurs qui disposent soit d'un avantage concurrentiel sur les clients à conquérir, soit d'un avantage sur les services et les contenus proposés" et constate, par une appréciation qui n'est pas contestée et qui exclut l'excès de pouvoir et l'erreur manifeste dénoncés au quatrième point, que la demande de la société Afone, qui vise le marché des très petites entreprises et des petites et moyennes entreprises, répond à ces critères et apparaît donc 'cohérente' avec l'engagement de SFR ». Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H., 20 janvier 2004, S.A. Estel c. S.A. France Télécom, n° RG 03/12433 : « Considérant que, contrairement à ce que soutient ESTEL, l'A.R.T. n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation des données du litige mais a seulement fait usage de ses prérogatives de conciliation des intérêts contradictoires des parties ». Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 7 décembre 2004, S.A. Mobius c. Société France Télécom, n° RG 2004/10272 : « Considérant qu'au vu de ce qui précède, il apparaît que l'Autorité n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation et que le recours de France Télécom doit donc être rejeté ».

³⁹⁷⁸ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch. Sect. H, 11 septembre 2007, Société 118 218 Le Numéro c. Société Orange France, n° RG 06/19670. On voit bien dans cette décision que le moyen tiré de l'erreur manifeste est avancé par une partie et ce n'est qu'à la fin de la décision, de manière lapidaire, que la Cour répond : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'Autorité n'a commis aucune erreur de droit et aucune erreur manifeste d'appréciation ».

³⁹⁷⁹ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Completel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/13088 ; Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Estel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/12433

1561. Mais c'est davantage son pouvoir de réformation qui peut porter à douter de sa capacité réelle à se substituer à l'autorité sectorielle. Les décisions de réformation sont peu nombreuses. Elles manifestent bien souvent l'incapacité du juge à réformer. Dans le contentieux France Télécom c. Iliad, la cour annule la décision de l'Autorité de régulation des télécommunications pour atteinte au principe du contradictoire. Elle doit alors réformer la décision et statuer sur l'orientation des tarifs vers les coûts de l'offre de France Télécom. Après avoir pris l'avis d'un expert, elle constate que l'offre de France Télécom est significativement supérieure au coût, aussi décide-t-elle de « faire droit à la demande d'Iliad tendant au maintien de la nouvelle offre de France Télécom du 19 novembre 2003 »³⁹⁸⁰. Mais là n'est pas l'office du juge. Il ne peut réformer la décision de cette manière, en utilisant les ressources du contradictoire et en faisant simplement droit à une demande. Encore faut-il que cette demande respecte les objectifs de la régulation. Aucun élément de justification n'est fourni à ce niveau par la Cour. Le jugement de réformation dans l'affaire Société Telegate c. Orange France n'est pas davantage motivé³⁹⁸¹, comme dans la décision E.D.F. c. Sinerg dans laquelle la réformation consiste à énoncer que le différend « sera réglé conformément aux conditions énoncées par E.D.F. dans la lettre du 17 juillet 1998 », appliquant apparemment les principes du droit des contrats au litige³⁹⁸². Ce faisant, la Cour considère « implicitement, mais nécessairement, qu'une proposition, même formulée après l'expiration du délai de trois mois, doit être retenue si elle correspond au coût réel du raccordement »³⁹⁸³. La Cour d'appel n'applique donc pas les principes législatifs du droit de la régulation, car, comme le confirme Marie-Anne Frison-Roche « retrouvant le droit familial des contrats, [la Cour] a estimé que le premier montant avancé par EDF n'était qu'une esquisse et que le comportement du client en payant un acompte sans réserve sur le second montant évoqué, avait scellé l'accord des parties. La Cour d'appel exerce donc un contrôle plein, en substituant sa propre appréciation, il est vrai non pas tant sur le terrain des conditions techniques et financières adéquates, mais sur la rencontre des consentements »³⁹⁸⁴. Ce n'est certainement pas le rôle du contrôle de légalité que de résoudre le litige en recourant au droit des contrats, alors que l'objectif de la législation est précisément de s'en écarter, pour poser des principes propres.

³⁹⁸⁰ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407.

³⁹⁸¹ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 3 avril 2007, Société Telegate c. Société Orange France, n° RG 2006/11319.

³⁹⁸² V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., sect. H, 24 février 2004, Électricité de France (E.D.F.) c. Société Sinerg, n° RG 2003/10671 : « Considérant que les travaux ont été effectués, Sinerg ayant fait parvenir à E.D.F. l'acompte de 50% qui lui était réclamé par chèque en date du 28 juillet 1998 ; que l'installation a été mise en service ; Considérant que Sinerg fait valoir que ce versement est intervenu sous l'effet de la contrainte, car elle était prise entre l'obligation de respecter des échéances contractuelles et l'impossibilité de renoncer à un marché pour lequel plus de 90% du montant global de l'opération avait été engagé ; Mais considérant que Sinerg qui avait discuté les termes de la proposition du 26 juin 1998 n'a exprimé aucune réserve dans la lettre du 27 juillet 1998 qui accompagnait son versement, manifestant de la sorte son acceptation librement consentie à une proposition par elle abusivement qualifiée de modification unilatérale du prix initialement fixé qui se trouvait parfaitement justifiée comme il a été plus haut démontré ; Considérant qu'en l'état des éléments précédemment rappelés le différend d'ordre financier opposant E.D.F. à la société Sinerg relativement au raccordement de l'installation de cogénération de cette dernière sera réglé conformément aux conditions énoncées par E.D.F. dans sa lettre du 17 juillet 1998 ».

³⁹⁸³ V. L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2004 p. 849.

³⁹⁸⁴ V. M.-A. Frison-Roche, « Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas Sinerg) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3.

1562. La Société Sinerg a attaqué cette solution devant la Cour de cassation au motif que la Cour d'appel n'aurait pas répondu aux observations de la Commission de régulation de l'énergie qu'elle s'était appropriée et qui constituaient donc autant de moyens auxquels la Cour d'appel aurait dû répondre. Mais, pour la Cour de cassation, cette société n'en a pas demandé le bénéfice, aussi ne peut-elle s'en prévaloir. De surcroît, la référence à cette lettre, qui avait pourtant été modifiée, peut faire l'objet d'une requête en interprétation si bien que l'arrêt d'appel n'encourt pas la cassation sur ce point.

1563. Sur un autre point, le contrôle de la Cour d'appel de Paris peut encourir la critique, il s'agit de la faiblesse du recours à l'expertise³⁹⁸⁵ qui n'a été demandé, à notre connaissance, que dans deux cas. Pourtant, une décision importante de la Cour d'appel de Paris donne des raisons décisives justifiant un recours plus systématique à l'expertise³⁹⁸⁶. La Cour constate que la loi l'a dotée d'une compétence de pleine juridiction qui lui donne le pouvoir de se prononcer sur le fond du litige, « en contrôlant la pertinence de la motivation de la décision et l'application faite par l'ART des règles de droit applicables, en s'assurant également d'une juste appréciation par l'ART des droits et obligations des parties ». Dans ce litige, France Télécom avait fourni au juge deux rapports d'analyse comptable établis par un cabinet d'audit et un professeur d'économie pour étayer la demande de tarif qu'elle proposait. L'ART et 9 Télécom s'opposaient à la demande d'expertise au motif que l'ART disposait d'une compétence technique suffisante pour répondre à ces appréciations techniques. Aussi le juge se trouvait-il pris entre les estimations de France Télécom, étayées sur des rapports d'expertise sérieux et celles de l'A.R.T. dont la compétence en la matière dépasse largement celle du juge. C'est pourquoi la Cour d'appel de Paris considère, que « la compétence technique de l'ART n'exclut pas la possibilité pour le juge de recourir à une telle mesure qui peut être prescrite, en application de l'article 144 du Nouveau Code de procédure civile, chaque fois que la juridiction ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer »³⁹⁸⁷. Martine Lombard, tout en reconnaissant l'intérêt de recours à l'expertise, n'en met pas moins en évidence la limite essentielle, qui est de rallonger les procédures. Cependant, n'est-ce pas le seul moyen, pour la juridiction, de statuer en toute indépendance et se libérer du seul pouvoir du contradictoire.

1564. Comme le note Anne-Lise Sibony, l'intérêt en France de l'expertise est notable : « le système français a suscité l'intérêt dans plusieurs pays de *common law*. L'intérêt de prévoir à la charge de l'expert un devoir d'assister le juge (et non de servir l'intérêt d'une partie) est particulièrement souligné »³⁹⁸⁸. Aussi, l'expert peut-il jouer en France un véritable rôle dans l'établissement de la conviction du juge et dans le contrôle de la décision de l'autorité sectorielle.

³⁹⁸⁵ Nous n'avons vu qu'une décision l'utilisant : V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407. La Cour a pu ordonner des expertises dans d'autres cas, mais l'affaire n'a pas ensuite été jugée au fond, la partie s'étant désistée : l'arrêt du 26 février 2002 ordonnant l'expertise et l'arrêt du 11 mai 2004 donnant acte du désistement. V. pour l'importance de l'expertise en matière économique : A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, L.G.D.J., Coll. Droit & Économie 2008, spéc. pp. 545. Elle constate aussi, en droit de la concurrence, une rareté des expertises à la demande du juge (p. 550).

³⁹⁸⁶ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 26 février 2002, France Télécom c. 9 Télécom Réseau, Droit administratif, avril 2002, p. 31, n° 75, note M. Lombard.

³⁹⁸⁷ V. Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 26 février 2002, France Télécom c. 9 Télécom Réseau, préc..

³⁹⁸⁸ V. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., p. 561, n° 935.

1565. Malgré cela on ne peut que constater et regretter la rareté du recours à l'expertise qui est aussi sensible en droit de la concurrence et justifierait, pour Anne-Lise Sibony, des adaptations, notamment dans la « nomenclature des rubriques expertales » pour donner toute leur place aux experts dans les questions économiques, de droit de la concurrence ou de la régulation³⁹⁸⁹.

1566. En conclusion, le contrôle de la Cour d'appel de Paris, malgré le grand nombre de décisions rendues, manifeste une cohérence limitée : le standard de contrôle est mal établi et la lecture des décisions montre qu'elle n'arrive pas à faire la place entre son rôle de « juge administratif », de contrôle de légalité, et son statut de juridiction civile.

1567. De surcroît, le contrôle de la Cour de cassation n'a pas eu pour effet de clarifier ni le standard de contrôle ni une approche constante et méthodique des questions de régulation. La Cour en reste trop souvent à des questions de principe et de procédure (certes importantes), mais ne s'interroge pas sur les objectifs de la régulation dans chaque secteur et la manière dont la décision soumise au contrôle permet d'y parvenir. Elle n'envoie pas, à la différence du Competition Appeal Tribunal, de message clair aux autorités sectorielles sur leur office se bornant trop souvent à reprendre à son compte la décision administrative, sans mettre clairement en évidence le syllogisme du raisonnement.

1568. À cet égard, le Competition Appeal Tribunal se distingue nettement, ayant mis en place un contrôle approfondi des décisions d'Ofcom et, surtout, ayant dans certains jugements clairement posé la méthode que devait suivre l'autorité sectorielle.

2 — *Le contrôle du règlement des différends au Royaume-Uni par le Competition Appeal Tribunal*

1569. L'analyse est simplifiée au Royaume-Uni par le fait que seule une autorité est concernée, le Competition Appeal Tribunal, et un seul secteur, celui des communications électroniques. Le recours en *judicial review* n'est pas mobilisé, car depuis la décision Mercury la Chambre des Lords a décidé que ce n'était pas la voie appropriée pour contester ce type de décisions. Malgré les changements du contexte législatif qui pourrait aujourd'hui plaider dans le sens d'un revirement de jurisprudence, les décisions de règlement des différends n'ont pas fait l'objet de recours en *judicial review*.

1570. Le contrôle du Competition Appeal Tribunal se déploie entre deux bornes : il n'est certes pas l'autorité de première instance, mais il n'est pas non plus un tribunal mettant en œuvre la procédure de *judicial review*³⁹⁹⁰. Il doit mener un contrôle au fond de la décision, de son opportunité (les juges utilisent le terme « *merits* »)³⁹⁹¹. Le Tribunal exprime ainsi la manière dont il envisage l'intensité de son contrôle – en le contrastant avec son pouvoir lorsqu'il est juge de *judicial review* : « la question est de savoir si la décision d'Ofcom est

³⁹⁸⁹ V. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., p. 563, n° 939. V. aussi M. Nussenbaum, « Le rôle de l'expert économique », in *Le juge de l'économie*, Revue de jurisprudence commerciale, II, 46e année, Novembre 2002, numéro spécial, Colloque de la Baule.

³⁹⁹⁰ V. spéc. BT v Ofcom [2010] CAT 17, n° 68 suiv. (p. 20 suiv.) : « A Section 192 Appeal is not a “de novo” hearing ».

³⁹⁹¹ V. T-Mobile (UK) Ltd v Office of Communications [2008] CAT 12, spéc. §§ 80-83.

bonne et non si elle fait partie de l'ensemble des décisions raisonnables que l'autorité de régulation peut prendre »³⁹⁹².

1571. Le Tribunal accepte néanmoins qu'une certaine liberté d'appréciation soit laissée à Ofcom, reconnaissant que, dans certains différends, Ofcom aurait pu adopter des approches différentes car, parfois, il n'y aura peut-être pas une seule et unique bonne réponse au différend. Malgré cette concession, le Tribunal mène sa propre analyse des faits et du droit pour juger de la réponse d'Ofcom. Il ne s'agit pas d'une nouvelle instance (« a de novo hearing »), il s'agit d'un contrôle de la décision d'Ofcom pour lequel le requérant doit soulever l'existence d'une erreur de fait, d'une erreur de droit ou d'une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire³⁹⁹³.

1572. L'affaire T-Mobile de 2008 est une bonne illustration de la méthode du Competition Appeal Tribunal, car il profite de cette affaire pour donner une claire indication sur la manière dont Ofcom doit mener son office de règlement des différends. Le Tribunal établit bien la primauté des objectifs législatifs sur les prétentions des parties. On voit donc ici, un contrôle du droit très poussé et une compréhension qui envoie un message clair à l'autorité.

1573. De même, concernant l'appréciation des faits, le Competition Appeal Tribunal rentre et analyse les tarifs fixés par l'autorité et met, le cas échéant, en évidence des erreurs. Il n'hésite d'ailleurs pas à recourir à l'expertise d'économistes chevronnés pour s'interroger sur les modèles comptables des coûts et la manière dont ces méthodes permettent de remplir les objectifs de la régulation³⁹⁹⁴.

1574. Le contrôle du Tribunal est donc tout à fait approfondi et confère aux requérants, ainsi qu'à Ofcom, l'opportunité d'un contrôle clair, cohérent sur la durée, et capable de prendre en compte les objectifs fixés par les législateurs (tant européen que nationaux).

³⁹⁹² V. Competition Appeal Tribunal, *British Telecommunications Plc and Everything Everywhere Limited v Office of communications* [2011] CAT 24, § 192 : « the question is whether OFCOM's determination was right, not whether it lies with the range of reasonable responses for a regulator to take ». Dans cette décision, le Tribunal affirme que les « préférences politiques » (« policy preferences ») font partie des décisions pour lesquelles Ofcom bénéficie d'une marge de manœuvre beaucoup plus importante.

³⁹⁹³ V. *British Telecommunications Plc v Office of Communications* [2010] CAT 17, spéc. §§ 72-77 : « Section 192 Appeal is a "merits" review as opposed to a judicial review. The second requirement ... makes clear that the Tribunal considers ("on the merits") the decision that is being appealed to it by reference only to the grounds of appeal set out in the notice of appeal. This second limb also says nothing about admissibility, but simply makes clear that the Tribunal must, on an appeal, consider whether the decision being appealed can be justified in the light of the grounds of appeal, as set out in the notice of appeal. ... A Section 192 Appeal is not a "de novo" hearing... By section 192(6) of the 2003 Act and rule 8(4)(b) of the 2003 Tribunal Rules, the notice of appeal must set out specifically where it is contended OFCOM went wrong, identifying errors of fact, errors of law and/or the wrong exercise of discretion. The evidence adduced will, obviously, go to support these contentions. What is intended is the very reverse of a de novo hearing. OFCOM's decision is reviewed through the prism of the specific errors that are alleged by the appellant. Where no errors are pleaded, the decision to that extent will not be the subject of specific review. What is intended is an appeal on specific points. The nature of the appeal before the Tribunal is similarly made clear in sections 193(3) and (4) of the 2003 Act. These sections make plain that it is not for the Tribunal to usurp OFCOM's decision-making role. The Tribunal's role is not to make a fresh determination, but to indicate to OFCOM what (if any) is the appropriate action for OFCOM to take in relation to the subject-matter of the decision under appeal and then to remit the matter back to OFCOM. In short, a de novo re-run of the original investigation is not envisaged. The Section 192 Appeal process is a sharper tool, based on a three stage process: (a) The notice of appeal must set out specifically the alleged deficiencies in the decision under appeal. (b) The Tribunal considers those deficiencies on the merits. (c) If those deficiencies – or any of them are made out – the matter is then remitted to OFCOM ».

³⁹⁹⁴ V. *British Telecommunications Plc v Office of Communications* [2011] CAT 5.

1575. Dans un domaine aussi technique et dans lequel les autorités sectorielles bénéficient d'un large pouvoir discrétionnaire, encadré néanmoins par des objectifs, le rôle de l'instance de recours est de tester les méthodes comptables, les résultats, pour vérifier qu'ils remplissent bien les objectifs législatifs. Ce travail, le Competition Appeal Tribunal le fait. La Cour d'appel de Paris ne s'y risque pas.

1576. Il faut à présent montrer comment l'institution d'un Tribunal *ad hoc* permet aussi à l'instance de recours de présenter des avantages procéduraux non négligeables.

IV — Les spécificités procédurales

L'étude des spécificités procédurales du contrôle juridictionnel de la fonction contentieuse des autorités sectorielle doit d'abord amener à s'interroger sur le statut de l'autorité sectorielle devant le juge du recours – ce qui est manifestement un problème spécifique au droit français et dont le droit de l'Union européenne s'est récemment emparé (A). Ensuite, il faudra étudier le rôle des tiers à cette instance. On a vu l'importance de pouvoir, pour l'organisation du marché, impliquer les tiers aux procédures. À cet égard, le droit français offre des solutions peu satisfaisantes (B).

A — Le statut de l'autorité administrative devant l'instance de recours : devant le juge judiciaire français, un risque d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne s'est emparé de cette question. C'est donc à l'aune de cette solution qu'il faut à présent comparer les solutions nationales. Les recours juridictionnels ont en effet dans bien des cas pour but de faire respecter le droit de l'Union européenne, source de l'obligation juridique. Il faudra donc analyser la jurisprudence européenne (1), avant d'étudier l'ambiguïté de la position française (2), en la contrastant à la clarté de la position anglaise (3).

1 — L'exigence du droit de l'Union européenne : Les autorités sectorielles doivent avoir la qualité de partie

1577. L'arrêt Vébic³⁹⁹⁵ est un jalon important, dont la portée n'a pas encore été mesurée en France. Il s'agissait de la question de la compatibilité du recours juridictionnel établi en Belgique contre les décisions de l'instance de la concurrence, laquelle n'a, en droit belge, ni la faculté de présenter des observations ni, *a fortiori*, la possibilité d'être partie à l'instance³⁹⁹⁶.

³⁹⁹⁵ V. C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil : JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 14 avril 2011, n° 15, p. 24, note G. Decocq ; Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2011, dossier 2, n° 7, obs. E. Claudel ; Journal du droit international (Clunet) n° 2, avril 2011, chron. 4, n° 27, note C. Prieto ; Concurrences, N° 1-2011, n° 34233, pp. 179-181, note A. Maitrepierre ; European Competition Law Review 2011, 32(6), 285-296, note F. Rizzuto ; P. Van Cleynenbreugel, « Transforming Shields into Swords: The VEBIC Judgment, Adequate Judicial Protection Standards and the Emergence of Procedural Heteronomy in EU Law », Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2011, vol. 18, n° 4, p. 511.

³⁹⁹⁶ V. T. Hennen, « Arrêt “VEBIC” : la participation des autorités de la concurrence aux recours formés contre leurs décisions », Journal de droit européen, 179 (mai 2011), pp. 133-135 ; X. Taton, O. Van Der Haegen, « Le

La Cour de justice constate donc que la seule partie ayant participé à l'instance est la société Vébic.

1578. Les questions préjudicielles posées sont très claires et concernent directement le statut de l'autorité de la concurrence devant la juridiction de recours. D'abord, la juridiction demandait si le droit européen et en l'occurrence le règlement n° 1/2003 devait être interprété dans le sens qu'il confère aux autorités de la concurrence la faculté de « présenter des observations écrites sur les moyens soulevés dans un recours contre leur décision et même de pouvoir présenter elles-mêmes des moyens, de sorte que cette faculté ne peut pas être retirée par un État membre ». Ensuite, la juridiction demandait si l'application efficace du droit de l'Union européenne impose « que les instances publiques de surveillance, désignées comme autorités de concurrence, n'aient pas seulement la faculté, mais aussi l'obligation, de participer à une procédure de recours contre leurs décisions en exprimant leur position sur les moyens soulevés en fait et en droit ».

1579. La Cour relève tout d'abord que les textes ne confèrent pas directement une telle faculté ou un tel droit aux autorités de concurrence. La Cour relève aussi que la réponse aux questions impose de concilier l'autonomie procédurale reconnue aux États membres dans l'application du droit de l'Union européenne avec l'effectivité de ce même droit.

1580. La réponse de la Cour est dénuée d'ambiguïté. Pour la Cour, le fait de ne pas accorder le statut de partie à une autorité nationale de concurrence et donc de la priver de la possibilité de défendre sa décision « comporte le risque que la juridiction saisie soit entièrement « captive » des moyens et arguments développés par la ou les entreprises requérantes ». Or, la technicité du domaine, « qui comporte des appréciations juridiques et économiques complexes », fait courir un risque encore plus grand de capture et compromet par conséquent l'application effective du traité.

1581. En conséquence, l'application effective du droit de l'Union européenne exige que l'autorité nationale de la concurrence « dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur ». Cette comparution doit de surcroît être systématique, au risque de compromettre l'effet utile des règles du traité.

1582. L'avocat général Paolo Mengozzi, suivi en cela par la Cour fonde bien la solution sur le principe d'effectivité du droit européen, ce qui permet de conférer une portée plus large à la solution, qui ne doit pas être cantonnée, pour cette raison, au droit de la concurrence. Il s'agit donc de savoir, en conformité avec la jurisprudence européenne sur ce point, si le statut de l'autorité rend « en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »³⁹⁹⁷ en prenant en compte concrètement le fonctionnement de la procédure nationale, « la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales »³⁹⁹⁸. C'est le test qu'applique la Cour pour concilier autonomie procédurale et effectivité du droit européen. La Cour reprend l'argumentation de l'avocat général

droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *Journal de droit européen*, n° 180, 6/2011, p. 157.

³⁹⁹⁷ V. C.J.C.E., 14 décembre 1995, van Schijndel et van Veen (C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705, point 17); C.J.C.E., 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 28) ; C.J.C.E., 15 avril 2008, Impact (C-268/06, Rec. p. I-2483, point 46).

³⁹⁹⁸ V. C.J.C.E., 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 33).

essentiellement sur le caractère « captif » de la juridiction. L'avocat développe cependant un second argument : priver l'autorité de la concurrence du caractère de partie l'empêche, le cas échéant de pouvoir former un recours contre la décision de l'instance juridictionnelle, si bien qu'« aucune autorité publique ayant pour mission d'assurer la pleine efficacité des règles de concurrence de l'Union au titre du règlement n° 1/2003 ne pourra contester l'éventuelle interprétation erronée desdites règles » par l'instance de recours. Cette situation pour l'avocat général Mengozzi met l'autorité de la concurrence, à n'en pas douter, dans une situation excessivement difficile pour défendre les objectifs d'intérêt général que poursuit le droit européen.

1583. Pour Laurence Idot, en matière de droit de la concurrence, « cet arrêt devrait conduire à réformer les règles françaises »³⁹⁹⁹. Peut-il en être de même en droit des secteurs régulés ?

1584. Certaines raisons pourraient permettre d'écarter le raisonnement par analogie que l'on pourrait formuler en étendant la solution Vébic aux secteurs régulés. Le règlement 1/2003 fait des instances nationales les instances d'application du traité. Comme le dit l'avocat général Mengozzi : « le règlement n° 1/2003 accorde aux autorités de concurrence nationales désignées par chacun des États membres le soin d'assurer l'application effective des articles 81 CE et 82 CE dans l'intérêt général. Ces autorités sont donc investies avec la Commission de la fonction d'assurer l'application effective de dispositions fondamentales indispensables pour le fonctionnement du marché intérieur ». À cet égard, les autorités sectorielles ne sont pas investies d'une mission similaire à celle de la Commission et la source de leur pouvoir ne provient pas directement du traité, mais du droit dérivé et de directives, lesquelles laissent une plus grande marge de manœuvre aux États membres pour fixer les modalités de leur application.

1585. Cependant, cette jurisprudence pourrait être l'occasion de revoir en profondeur le statut des autorités sectorielles, ce qui aurait l'avantage, outre d'assurer une conformité globale avec le droit européen, d'harmoniser les solutions en droit interne. On verra à cet égard que le droit anglais est parfaitement cohérent et donne à l'autorité sectorielle, devant le Competition Appeal Tribunal, le statut de partie.

2 — *Le statut de l'autorité sectorielle devant la juridiction de recours en droit français*

1586. Ici le droit français, avec le choix de confier le recours des décisions de règlement des différends à deux instances différentes — la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'État — introduit une divergence très nette dans le droit applicable, puisque les solutions quant au statut de l'autorité et à l'intervention des parties et des tiers, sont divergentes.

1587. Le statut de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ainsi que de la Commission de régulation de l'énergie devant la Cour d'appel de Paris n'est pas dénué d'ambiguïté, ce que ne manque pas de remarquer la doctrine⁴⁰⁰⁰. L'autorité

³⁹⁹⁹ V. L. Idot, « Application par les autorités nationales et autonomie procédurale », Europe n° 2, Février 2011, comm. 71.

⁴⁰⁰⁰ V. Laurent Richer parle de « perturbation » (« Autorité de régulation : règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit (dir.), A.J.D.A. 2005, p. 1216) ; C. Bolze parle lui d'une « nouvelle race de plaideurs » en la personne des autorités administratives indépendantes (C. Bolze, *Le transfert des décisions du conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris*, D. 1988, chron. 169). Pour Olivier Douvreur, le constat, incontestable en effet, est qu'il est difficile de qualifier juridiquement l'intervention de ces autorités (O.

administrative n'est pas, devant le juge judiciaire, partie au procès. Elle a le statut d'observateur. C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence, qui n'est toutefois pas absolument claire sur ce point.

1588. La Cour d'appel de Paris, soutenue par la Cour de cassation, affirme clairement que les autorités sectorielles ne sont pas parties à l'instance devant le juge judiciaire. Dans le contentieux Sinerg, la Cour d'appel de Paris avait clairement indiqué « qu'il résulte [de] l'article 11 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 que la Commission a la faculté, dont elle a usé, de présenter des observations devant la Cour d'appel de Paris lorsque celle-ci est saisie d'un recours contre ses décisions ; que toutefois ces dispositions ne confèrent pas à la Commission, autorité administrative indépendante dont émane la décision critiquée et qui n'est pas partie au procès, le droit de se substituer aux parties pour formuler dans le débat judiciaire qui les oppose, et elles seules, des demandes ou fins de non-recevoir qu'elles n'y ont pas introduites »⁴⁰⁰¹. La Cour de cassation avait exprimé la même position : « attendu que la Cour d'appel a retenu à bon droit que la CRE, autorité administrative indépendante dont émane la décision critiquée, n'est pas en droit de se substituer aux parties pour formuler des demandes ou fins de non-recevoir qu'elles n'ont pas introduites dans le débat »⁴⁰⁰².

1589. Cependant, son statut d'observateur n'empêche pas une participation active au procès. Ainsi la Cour d'appel de Paris a pu reconnaître que la Commission de régulation de l'énergie formule une « suggestion » de substitution de motifs, suggestion qui ne constitue pas une « demande ». Dans ce cadre, et afin d'éclairer la Cour, l'autorité peut « si elle le juge utile, ... présenter à la Cour tous les éléments de nature à l'éclairer sur les circonstances de la cause et les données techniques du litige, même en exprimant de nouveaux arguments, pour répondre aux prétentions de l'une ou l'autre des parties ou critiquer leurs affirmations devant la Cour, dès lors que ces éléments de fait ou de droit sont soumis utilement à la contradiction des parties, comme cela a été le cas en l'espèce ».

1590. Aussi, si la Commission de régulation de l'énergie conclut au rejet, à l'occasion d'une instance, elle ne se comporte pas comme une partie ; au contraire, elle « ne fait qu'exprimer la déduction qu'elle tire des observations qu'elle a présentées sur le mérite des moyens de fait et de droit soumis à la Cour »⁴⁰⁰³. La Cour de cassation ne voit aucune objection contre ces subtilités et fait même sienne ce raisonnement en jugeant « que c'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé que la suggestion faite par la Commission de régulation de l'énergie dans ses observations d'exercer, si besoin était, la faculté de substituer des motifs à ceux de la décision contestée ne constitue pas une demande et qu'en application de l'article 11 du décret du 11 septembre 2000, qui lui permet de présenter des observations, cette autorité, peut présenter à la Cour d'appel tous les éléments de nature à l'éclairer sur les circonstances de la cause et les données techniques du litige, même lorsqu'elle a statué en matière de règlement de différend, en exprimant de nouveaux arguments ou en produisant de nouvelles pièces, pour répondre aux prétentions de l'une ou l'autre des parties ou critiquer leurs affirmations devant

Douveleur, Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 345, 2000, p. 189).

⁴⁰⁰¹ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H., 24 février 2004, Electricité de France (E.D.F.) c. Société Sinerg, n° RG 03/10671. V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2007, n° 109.

⁴⁰⁰² V. Cour de cassation, comm., sect., 22 février 2005, Société Sinerg c. Electricité de France (E.D.F.), Pourvoi n° 04-12.618.

⁴⁰⁰³ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H., 8 mars 2005, S.A. Electricité de France (E.D.F.) c. Société Pouchon Cogen.

la Cour, dès lors que ces éléments de fait ou de droit sont soumis à la discussion contradictoire des parties »⁴⁰⁰⁴.

1591. La Cour d'appel aménage donc de manière sensible le statut de l'autorité administrative, puisque celle-ci peut « suggérer » toute substitution de motif et peut formuler des conclusions. La position n'est pas différente en matière de communications électroniques⁴⁰⁰⁵.

1592. L'état de ce droit, en plus d'être douteux vis-à-vis du droit de l'Union européenne, est tout à fait ambigu et n'est pas en harmonie avec la position des autorités sectorielles devant le juge administratif.

1593. Cette position ne pose pas de problème devant le juge administratif, aussi bien dans le contentieux répressif que dans celui du règlement des différends, « conformément à la règle suivant laquelle l'auteur d'une décision administrative peut défendre cette décision devant le juge administratif »⁴⁰⁰⁶. Il a toutefois semblé nécessaire au rapporteur public de défendre cette position pour en faire bénéficier le Conseil supérieur de l'audiovisuel car, « même si la procédure ressemble à une procédure juridictionnelle, il est bien clair que le CSA reste une administration et devant le juge, il nous semble qu'il doit être présent en défense, comme la personne présente dans le règlement de différend et à laquelle il a donné raison »⁴⁰⁰⁷. Pourtant, pour Damien Botteghi et Alexandre Lallet la solution inverse aurait dû prévaloir : « Pour notre part, nous aurions préféré que la fonction particulière que joue l'autorité de régulation dans ce domaine soit pleinement reconnue. Une autorité qui choisit entre les prétentions de deux parties, au terme d'une procédure contradictoire, agit comme un juge. La décision qu'elle prend n'est donc pas une décision administrative comme une autre, qu'elle peut venir défendre, en présentant des conclusions et en oubliant que sa mission a été de trancher entre des prétentions distinctes par rapport auxquelles elle doit garder de la distance. Nous comprenons tout à fait que l'autorité ayant réglé le différend puisse présenter des observations, qui peuvent éclairer le juge dans un domaine technique. Mais nous pensons, ne serait-ce que pour l'apparence, qu'il n'était pas souhaitable que l'autorité de régulation se voit reconnaître la qualité et les prérogatives d'une partie »⁴⁰⁰⁸.

1594. Nous ne souscrivons pas à cette analyse, d'abord, comme le souligne Hubert Delzangles « il est plus important pour une autorité de régulation de défendre sa position, d'éclairer le

⁴⁰⁰⁴ Cour de cassation, comm., 10 mai 2006, Electricité de France EDF SA c. Société Pouchon Cogen et autre pourvoi n° 05-13.622.

⁴⁰⁰⁵ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407 : « Considérant que France Télécom constate, dans son mémoire en réplique, la singularité des observations de l'Autorité s'agissant tant de leur volume que de leur forme, assimilables à celles d'un mémoire ; qu'elle se plaint de ce que l'Autorité aurait développé de multiples moyens nouveaux de fait et de droit ne figurant pas dans la décision ; qu'ayant été, selon elle, privée de la faculté d'introduire un recours à l'encontre de ces éléments nouveaux, France Télécom conclut à l'annulation de la décision de l'Autorité ; Mais considérant qu'en application des articles R. 11-2 et R 11-5 du Code des postes et télécommunications (ci-après C.P.T.), l'Autorité, qui n'est pas partie à l'instance, peut présenter des observations écrites, portées par le greffe à la connaissance des parties ; que, contrairement à ce qui est soutenu par France Télécom, l'exercice de cette faculté ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable, dès lors qu'elle dispose elle-même de la faculté, dont elle a usé en l'espèce, de répliquer, par écrit et oralement, aux observations de cette autorité administrative ; qu'en conséquence il y a lieu de rejeter la demande d'annulation présentée de ce chef ».

⁴⁰⁰⁶ V. E. Guillaume, L. Coudray, *Autorités de régulation (Contentieux des)*, Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 201.

⁴⁰⁰⁷ Concl. de Jean-Philippe Thiellay, Rapporteur public, Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336, R.F.D.A., 2010, p. 1082.

⁴⁰⁰⁸ V. « Le Conseil d'État, "régleur" de différends », AJDA 2010 p. 1924.

juge de son expertise »⁴⁰⁰⁹ et, ensuite, c'est se méprendre sur l'office de l'autorité de régulation : elle tranche certes un litige, presque comme un juge, mais émet une décision qui vient, comme toute décision administrative accomplir les vœux du législateur. L'autorité de tranche pas vraiment entre deux prétentions, où plutôt elle ne donne raison à une partie que dans la mesure où cela est conforme aux objectifs législatifs. Elle pourrait tout aussi bien s'écarter des prétentions des parties, ne faire droit à aucune et trancher le différend en fonction de ses seuls objectifs législatifs, qui sont les seuls qui importent pour une autorité administrative. Comme le rappelle de manière décisive Gérard Marcou, la position qui consisterait à nier la qualité de partie à l'autorité sectorielle lorsque celle-ci règle un différend, entretient une « regrettable ambiguïté ». Il ajoute « justement parce que ladite autorité a pris la décision de règlement du différend dans l'exercice de ses « pouvoirs de régulation »,..., il n'est pas exact de dire que le litige oppose seulement les opérateurs à propos d'un contrat de droit privé ; cette autorité a au contraire l'obligation de prendre en compte les objectifs à la réalisation desquels la loi la charge de veiller »⁴⁰¹⁰.

1595. Proche de l'incompatibilité en droit de l'Union européenne, incohérente en droit comparé interne, la conception française tranche aussi singulièrement avec la position anglaise.

3 — *La position anglaise*

1596. La position anglaise est très simple. En *judicial review* comme en *appeal* devant le Competition Appeal Tribunal l'autorité sectorielle est une partie qui vient défendre sa position et sa décision. L'état du droit ne souffre aucune difficulté ne n'appelle pas de développement particulier. Cette solution n'étonne personne et ne suscite pas d'objection. Il est assuré que l'autorité sectorielle a une mission que lui a confiée le législateur et que sa mission de trancher les différends ne s'inscrit que dans ce cadre. L'autorité de règlement des litiges vient donc défendre sa décision comme le ferait toute administration dont la décision est contestée devant le juge.

1597. La position du droit français, inutilement compliquée et certainement contraire au droit de l'Union européenne concernant le statut de l'autorité de règlement des différends devant la Cour d'appel de Paris, est aussi dénuée d'harmonie concernant la position des tiers.

B — *L'intervention des tiers*

Il faudra s'intéresser d'abord à l'intervention des tiers dans la procédure française (1) avant d'analyser la position des tiers devant l'instance de recours en droit anglais (2).

⁴⁰⁰⁹ V. H. Delzangles, « L'office du CSA et son pouvoir de règlement des différends strictement encadrés par le juge », *Revue juridique de l'économie publique* n° 684, Mars 2011, comm. 14.

⁴⁰¹⁰ V. G. Marcou, « Régulation, service public et intégration européenne en France », in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome 2 : *Expériences européennes*, préc., spéc. p. 124.

1 — L'intervention des tiers en droit français : la divergence des jurisprudences administrative et judiciaire

1598. La question de l'intervention des tiers devant l'autorité de recours se pose, en matière de règlement des différends, au même titre devant l'autorité sectorielle que devant le juge. Il est important que les tiers, affectés par la décision, puissent éclairer la cour⁴⁰¹¹.

1599. La Cour d'appel de Paris considère à cet égard que les tiers, pour pouvoir former un recours devant elle, doivent, d'après le code de procédure civile et en dehors de procédures spéciales comme en matière de propriété intellectuelle⁴⁰¹², démontrer un intérêt à agir : « l'article 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 ne contenant aucune restriction quant aux parties admises à former un recours, RTE est donc recevable en son recours, à condition toutefois de démontrer son intérêt à agir comme l'exige l'article 546 du nouveau Code de procédure civile ».

1600. Les tiers doivent donc démontrer cet intérêt. R.T.E. n'a pas eu de difficulté à prouver cet intérêt, faisant « valoir à juste titre que le litige et les injonctions prononcées par la Commission le concernent également, dès lors que, selon les études et projets de convention établis par EDF, le projet de raccordement de l'installation de la Compagnie du Vent nécessite un aménagement du réseau dont il a la gestion »⁴⁰¹³.

1601. Les tiers devant le juge judiciaire ont donc juste à prouver un intérêt à agir. Dans une décision dans le domaine des communications électroniques, la Cour affirme que l'intervention d'un tiers au soutien d'une partie est possible, car « la nature du règlement de différend, qui par certains aspects s'apparente à un contentieux entre parties, ne s'oppose [pas] à l'admission d'une intervention accessoire d'un tiers pour appuyer les prétentions de l'une des parties »⁴⁰¹⁴. Son intérêt est accepté, car son intervention vise à la conservation de ses droits. La Cour est néanmoins sensible à protéger la confidentialité de certaines données qui ne sont pas communiquées au tiers.

1602. En revanche, l'intervention des tiers devant le juge administratif, juge de plein contentieux, est plus malaisée. Autant cette intervention est acceptée largement dans le cadre de l'excès de pouvoir, autant le tiers, en plein contentieux, doit « se prévaloir d'un droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier »⁴⁰¹⁵.

1603. Toutefois, dans l'arrêt Canal +, le Conseil d'État décida d'assouplir ce critère puisqu'il jugea que, pour pouvoir intervenir, le différend en question doit être « de nature à affecter directement [les tiers] dans des conditions leur donnant intérêt à intervenir dans le présent litige »⁴⁰¹⁶. Malgré cet assouplissement leur intervention est jugée irrecevable. L'approche est

⁴⁰¹¹ V. Th. Fossier, M. Saltiel, « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : Leur statut devant la Cour d'appel de Paris », *Concurrences*, n° 1-2011, n°33854.

⁴⁰¹² V. Ici, la procédure concernant la Haute autorité se distingue puisque le Code de la propriété intellectuelle prévoit que : « Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant la Haute Autorité, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la Cour d'appel ». V. Code de la propriété intellectuelle, article R331-80.

⁴⁰¹³ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., n° 2005/21057, 30/05/2006, Électricité de France, RTE EDF Transport, SA, c. société Compagnie du Vent.

⁴⁰¹⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 26 mai 2009, Société Neuf Cégétel c. Société France Télécom, et société Bouygues Télécom, n° 2008/16665.

⁴⁰¹⁵ V. Concl. de J.-P. Thiellay, préc.. V. Conseil d'État, Sect., 15 juillet 1957, Ville de Royan, Recueil Lebon p. 499. V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., n° 885.

⁴⁰¹⁶ V. Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal+ Distribution, n° 335336.

moins rigide comme le note la doctrine du Conseil d'État, mais, avec les mêmes auteurs, on ne peut que regretter cette interprétation restrictive qui ne prend pas en compte les impératifs de la régulation d'un marché : « Cette approche restrictive est particulièrement exigeante dans un contentieux de régulation économique comme celui de l'espèce, qui est de pleine juridiction par détermination de la loi (art. 42-8 de la loi de 1986). La question de la numérotation des chaînes que le Conseil d'État devait trancher peut potentiellement concerner toutes les chaînes distribuées par la société en cause. Pourtant, étant étrangères au différend, les autres chaînes ne peuvent justifier d'aucun droit. Sont-elles pour autant dénuées d'intérêt à intervenir et donc à alimenter un débat dont l'issue peut modifier leur situation ? »⁴⁰¹⁷.

Par contraste, l'approche anglaise du Competition Appeal Tribunal est beaucoup plus souple et pragmatique.

2 — *L'intervention facilitée des tiers dans la procédure anglaise*

1604. Les règles de procédure du Competition Appeal Tribunal sont plus simples et la transparence des procédures du Tribunal facilite l'intervention. Une fois la requête reçue, celle-ci est publiée sur le site Internet du Tribunal et ainsi portée à la connaissance des tiers.

1605. Les règles du Tribunal énoncent que « toute personne considérant qu'elle dispose d'un intérêt suffisant à l'issue du litige peut demander au Tribunal la permission d'intervenir dans la procédure »⁴⁰¹⁸. L'intervention doit être faite promptement (dans un délai de trois semaines suivant la publication de la décision sur le site du Tribunal), car le Tribunal établit rapidement le calendrier des audiences. Mais il se réserve aussi la possibilité d'accepter des interventions plus tardives s'il estime qu'elles peuvent l'éclairer utilement sur l'affaire. L'intervention n'a pas forcément à être destinée à soutenir les prétentions d'une partie. Le critère de l'intérêt est interprété par le juge de manière assez souple, ainsi une association de consommateurs ou une partie ayant déjà participé comme tiers à la procédure devant l'autorité sectorielle seront ainsi facilement recevables⁴⁰¹⁹.

1606. Le Tribunal pourra toutefois délimiter strictement l'intervention des tiers. En déclarant son intervention recevable, le Tribunal pourra circonscrire strictement son apport, afin de veiller à ce que les éléments fournis ne soient pas redondants avec ceux déjà produits. De même, il veillera à conserver la confidentialité des informations protégées des parties.

1607. Le Tribunal a ainsi pu refuser des interventions hors délai au motif supplémentaire que le contentieux était déjà tellement complexe que l'intervention du tiers, sans apporter de valeur ajoutée décisive, risquait au contraire de compliquer sa tâche⁴⁰²⁰.

⁴⁰¹⁷ V. D. Botteghi, A. Lallet, « Le Conseil d'État, "régleur" de différends », préc., p. 1926.

⁴⁰¹⁸ V. Règle 16(1) : « Any person who considers he has sufficient interest in the outcome may make a request to the Tribunal for permission to intervene in the proceedings ».

⁴⁰¹⁹ V. Competition Litigation, UK Practice and Procedure, préc. n° 3.17.

⁴⁰²⁰ V. T-Mobile (UK) Limited, British Telecommunications Plc, Hutchison 3G UK Limited, Cable & Wireless & Ors, Vodafone Limited Orange Personal Communications Services Limited v Office of Communications [2007] CAT 31, spéc. § 10 : « The Termination Rate Dispute appeals are already procedurally complicated in that the appellants, and some other mobile operators who have not brought their own appeals, have intervened in each of the other appeals. Each of the four appeals thus already involves three or four interveners. These cases are also linked to a fifth appeal, Case no. 1080/3/3/07 (in which there are four interveners) and with two other appeals, Case no. 1083/3/3/07 (in which there are five interveners) and Case no. 1085/3/3/07 (in which there are also five interveners). Truphone's application arrived at the Tribunal the day before a case management

1608. Au-delà des critères qu'il pose, le Tribunal s'attache donc à ce que l'intervention du tiers serve l'issue du procès et éclaire de manière constructive la mission du juge.

1609. Parallèlement, lors d'un recours en *judicial review*, les tiers peuvent aussi participer en tant que partie intéressée. Une partie intéressée est une partie directement affectée par la requête, et non indirectement, par l'intermédiaire de l'effet de la décision juridictionnelle sur une autre partie. Ce n'est pas un test aisé. Un tiers peut aussi demander le statut d'intervenant à la procédure, ce qui est beaucoup plus facilement accepté par les juges⁴⁰²¹.

1610. En conclusion, en dehors de l'état du droit paradoxal en France résultant de l'éclatement des voies de contrôle, il apparaît que la différence entre les deux pays résulte dans l'utilisation active du tiers dans la procédure anglaise. Le juge anglais du Competition Appeal Tribunal ne va pas simplement accepter l'intervention du tiers, il va aussi tenter de lui donner un sens et de l'orienter de manière à servir son office et non pas les intérêts de l'intervenant.

Conclusion du § 2

En conclusion, les recours aménagés, en France comme au Royaume-Uni, pour contrôler l'exercice, par les autorités sectorielles, de leur fonction contentieuse, sont marqués d'un certain empirisme et d'une absence de systématisation.

Le modèle anglais semble d'un côté gagner en cohérence. Au fur et à mesure que les lois, parfois pour transposer les exigences européennes, s'accumulent, le Competition Appeal Tribunal devient de fait l'organe de recours compétent en matière de régulation. À sa compétence historique dans le domaine des communications électroniques s'est en effet ajoutée une compétence en matière d'électricité puis de postes. En revanche, les pouvoirs du Tribunal dans ses domaines restent très hétérogènes. Au recours au fond créé en 2003, le législateur semble aujourd'hui vouloir diminuer ses ambitions et limiter le Tribunal au *judicial review*.

Pourtant, ce Tribunal se démarquait nettement du modèle français par l'intensité du contrôle pratiqué et tant par sa compréhension des enjeux que sa volonté de fixer une ligne de conduite claire à l'autorité sectorielle, dans des décisions importantes, qui ont amené l'autorité administrative à repenser son travail.

Le modèle français n'est pas beaucoup plus cohérent, mais il offre toutefois une voie de recours de pleine juridiction, abordable, pour l'ensemble des décisions des autorités sectorielles. Particulièrement dans le domaine pénal au sens de la Convention, les justiciables disposent d'un recours adéquat.

En revanche le domaine du règlement des différends, éclaté désormais entre deux juridictions, manifeste, du côté de la juridiction judiciaire, un degré de contrôle relatif et très certainement une difficulté à concilier la procédure civile avec les exigences du contrôle d'une décision administrative. La Cour d'appel semble osciller entre plusieurs standards de contrôles, elle affirme souvent qu'elle limite son contrôle à l'erreur manifeste, ce qui n'est pas cohérent avec

conference was held in the Termination Rate Dispute appeals and Case no. 1080/3/3/07. At that case management conference, which lasted for most of the day, seven different parties made submissions about the future conduct of those cases. The hearing of the main issues in the Termination Rate Dispute appeals in which Truphone has requested permission to intervene is likely to take place in January and February 2008 with a correspondingly demanding timetable for the service of pleadings ». Le Tribunal refuse donc l'intervention.

⁴⁰²¹ V. sur ce point De Smith's Judicial Review, préc., n° 2-063 et 2-064.

son pouvoir de réformation. Ce pouvoir de réformation est aussi exercé de manière inadéquate, la solution n'étant pas toujours justifiée en référence aux objectifs de la loi. De même, le statut de l'autorité sectorielle devant le Cour d'appel ne permet pas à cette autorité de défendre parfaitement sa décision. On ne retrouve pas une telle confusion au Royaume-Uni, où il est clair qu'il s'agit d'une décision administrative d'une autorité qui doit pouvoir venir la défendre et qui doit pouvoir, le cas échéant, former un recours pour faire respecter le droit de l'Union européenne.

L'étude des suites du recours, le contrôle subséquent de la juridiction de contrôle, manifeste encore toutes les ambiguïtés entretenues en France sur le rôle de l'autorité sectorielle.

§ 3 — Les suites du recours : le contrôle subséquent de l'instance de recours

La question de la suite du recours se pose de manière très différente en France, où elle ne concerne que les recours portés devant le juge judiciaire (I) et en Angleterre, où la suite du recours se traduit par un recours en *judicial review* devant les juges ordinaires (II).

I — En France : Le pourvoi en cassation et le renvoi devant la Cour d'appel de Paris

Dans le système français, l'étude des suites du recours ne peut concerner que la voie judiciaire, car lorsque le recours est porté devant le Conseil d'État, sa décision est finale et ne peut faire l'objet d'aucun recours supplémentaire. Cette solution n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui ne reconnaît pas de droit à un double degré de juridiction, pourvu que l'instance de recours respecte l'ensemble des prescriptions du procès équitable⁴⁰²². La cassation n'est pas la fin de la phase contentieuse en droit judiciaire privé (A) car, après cassation, l'affaire sera renvoyée devant la Cour d'appel de Paris autrement constituée (B).

A — Le pourvoi en cassation et le problème du statut de l'autorité sectorielle

1611. L'utilisation de la voie judiciaire laisse la possibilité aux parties qui ne seraient pas satisfaites par une décision de la Cour d'appel de Paris de former un pourvoi en cassation.

1612. Il faut essentiellement se demander quel est le statut de l'autorité administrative devant la Cour de cassation car, du point de vue du contrôle, aucune spécificité n'émerge.

1613. Les textes fixent le délai de pourvoi, qui est un délai d'un mois⁴⁰²³ sauf dans le domaine de la propriété intellectuelle où ceux-ci sont silencieux, ce qui signifie donc que, dans le silence des textes, le délai sera le délai de droit commun de deux mois⁴⁰²⁴.

⁴⁰²² V. F. Sudre, Convention européenne des droits de l'homme, Droit au procès équitable, préc., n° 79. Le droit à un double degré de juridiction n'existe que dans les affaires criminelles (lorsqu'il s'agit d'une infraction pénale) aux termes du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11 (article 2).

⁴⁰²³ V. l'article L. 5-6 du C.P.C.E. : « Le pourvoi en cassation formé, le cas échéant, contre l'arrêt de la Cour d'appel est exercé dans le délai d'un mois suivant la notification de cet arrêt » ; V. article L. 38-II, §5 de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 modifiée, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; V. Code des transports, article L2134-3.

1614. La Cour de cassation a nettement affirmé dans le contentieux Sinerg que les observations présentées par la Commission de régulation de l'énergie devant elle sont irrecevables : « Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite la CRE à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions ; que ces observations sont irrecevables »⁴⁰²⁵. La Commission n'a donc aucun rôle à jouer devant la Cour de cassation. L'avocat général Yves Jobard, explique cette solution par le fait que la Commission de régulation de l'énergie « bénéficie de prérogatives de nature juridictionnelle, étant compétente pour trancher les litiges s'élevant entre différents acteurs de ce secteur ». Il remarque que, devant la Cour d'appel de Paris, elle « jouit de la possibilité de présenter des observations, comme l'indique l'article 11 [...] du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 », alors qu'une telle faculté « n'est pas mentionnée lorsque le litige est situé devant la Cour de cassation ». Il en déduit « qu'aucune autorité administrative indépendante ne dispose de la possibilité de déposer des observations devant la Cour de cassation, une telle initiative, devant la Cour d'appel de Paris, leur étant néanmoins reconnue ». L'avocat général ajoute que la Commission de régulation de l'énergie « n'est pas partie au litige, apparaissant plutôt comme un tiers au différend, position découlant de la faculté de trancher des litiges [...] conférée par la loi ». Il en conclut qu'aucun « argument décisif ne permet [...] d'admettre l'intervention de la Commission de régulation de l'énergie dans le débat devant la Cour de cassation » et rend, par conséquent, un « avis d'irrecevabilité »⁴⁰²⁶. La même position a été adoptée concernant le contentieux des mesures conservatoires de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes⁴⁰²⁷.

1615. Cependant, la Cour de cassation n'est même pas cohérente avec elle-même puisqu'en matière de communications électroniques, où pourtant les dispositions sont rédigées de la même manière que dans le domaine de l'énergie, comme le note Pierre-Alain Jeanneney, elle « a admis la recevabilité d'un mémoire présenté pour l'Autorité de régulation des télécommunications, considérant que celle-ci avait la qualité de défenderesse au pourvoi »⁴⁰²⁸.

1616. Ce régime n'est pas non plus en harmonie avec ce qui prévaut dans d'autres secteurs. Dans les domaines où les autorités administratives indépendantes sont investies d'un pouvoir répressif, notamment en matière financière, il est reconnu que le président de l'Autorité des marchés financiers tient de la loi « qualité pour agir au nom de celle-ci devant toute juridiction » et le pouvoir de former au nom de celle-ci un pourvoi en cassation⁴⁰²⁹. De même,

⁴⁰²⁴ V. J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile 2009/2010, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4^e éd., 2008, n° 51.72 (délai en matière de communications électroniques), n° 51.73 (délai en matière d'énergie), p. 225.

⁴⁰²⁵ V. Cour de cassation, comm., sect., 22 février 2005, Société Sinerg c. Electricité de France (E.D.F.), Pourvoi n° 04-12.618.

⁴⁰²⁶ V. P.-A. Jeanneney, « La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie », Recueil Dalloz 2005 p. 1835.

⁴⁰²⁷ V. Cour de cassation, comm., 12 décembre 2006, société Western Télécom c. France Télécom, n° de pourvoi 05-19610 : « Attendu qu'aucun texte ni principe n'habilite l'ARCEP à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'une de ses décisions ; que ces observations sont irrecevables ».

⁴⁰²⁸ P.-A. Jeanneney, « La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie », Recueil Dalloz 2005 p. 1835. V. Cour de cassation, 1^{re} civ., 14 novembre 2000, Sté Copper Communications, D. 2000, IR p. 305, Bulletin 2000 I N° 291 p. 188 ; 5 mars 2002, Sté Spacotel Communications, n° 00-12.972.

⁴⁰²⁹ V. Code monétaire et financier, article L. 621-2-II. V. N. Rontchevsky, « La Cour de cassation règle des questions de procédure concernant les recours contre les décisions de sanction de l'Autorité des marchés financiers », RTD Com. 2005 p. 804.

depuis 2008, le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation, contre la décision de la Cour d'appel⁴⁰³⁰.

1617. Dans les secteurs régulés, le législateur n'a pas prévu une telle possibilité. La loi se contente de prévoir le délai du pourvoi⁴⁰³¹. La situation des autorités sectorielles devant la Cour de cassation n'est pas satisfaisante, pour reprendre les termes de Jacques et Louis Boré « il semble parfaitement normal qu'une administration défende la légalité d'une de ses décisions »⁴⁰³².

1618. Dans le contentieux Vebic, c'était précisément l'impossibilité pour l'autorité administrative, autorité d'exécution du droit de l'Union européenne, de porter un recours en cassation, qui était une des explications de la solution. L'avocat général avait en effet argumenté en ce sens : « De plus, nier la qualité de partie au litige à une autorité de concurrence nationale, dans une situation comme celle de l'affaire au principal, implique également que cette autorité ne soit pas en mesure d'exercer d'autres voies de recours, dont celle d'introduire un pourvoi en cassation à l'encontre de la décision rendue par la juridiction d'appel annulant et/ou réformant la décision adoptée par le conseil de la concurrence, ainsi que l'ont d'ailleurs admis le gouvernement belge et le conseil de la concurrence lors de l'audience devant la Cour »⁴⁰³³.

1619. Or, les autorités sectorielles sont, au même titre que les autorités de la concurrence, en charge de l'exécution du droit de l'Union européenne. Aussi, les priver du droit de former un recours et de présenter des observations pour défendre le bien-fondé de leur décision, les empêche de faire respecter le droit de l'Union européenne si elles l'estiment opportun.

1620. L'état du droit français, outre ses incohérences, est certainement incompatible avec le droit de l'Union européenne, dont les autorités réglementaires nationales sont en charge de l'exécution.

Le pourvoi n'est pas la fin de la phase juridictionnelle, puisque la cassation se traduit par le renvoi de l'affaire devant la Cour d'appel de Paris.

⁴⁰³⁰ V. Code de commerce, article L. 464-8 : « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité » (introduit par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008, art. 2-XII). De même depuis 2004, « Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris » (Loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004, art. 83-II). V. Cour de cassation, com., 17 janvier 2012, Autorité de la concurrence c. S.F.R., France Télécom, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 11-13.067 (elle avait pris une position opposée dans Cour de cassation, com., 23 novembre 2010, Autorité de la concurrence c. ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Beauté prestige international, Chanel, n° 09-72.287).

⁴⁰³¹ V. Codes des postes et des communications électroniques, articles L. 5-6, L. 36-8-IV ; Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, article 38 ; LOI n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, article 16.

⁴⁰³² V. J. Boré, L. Boré, La cassation en matière civile 2009/2010, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4e éd., 2008, n° 45.20, p. 211.

⁴⁰³³ V. Conclusions préc., §§ 76-77.

B — Le renvoi devant la Cour d'appel de Paris

1621. La question du renvoi n'est pas purement académique puisque, dans l'affaire Pouchon Cogen⁴⁰³⁴, la Cour d'appel de Paris autrement constituée a eu à connaître de l'affaire après cassation. Dans le silence des textes dérogatoires, il faut conclure que cette instance est entièrement régie par le code de procédure civile.

1622. Le droit anglais a développé une approche plus pragmatique et en même temps davantage basée sur l'appréciation des juges sur l'opportunité d'admettre le recours.

II — Au Royaume-Uni : des recours soumis à autorisation

1623. Deux situations sont à envisager. La contestation de la décision du Competition Appeal Tribunal ou sa remise à l'autorité sectorielle.

1624. Concernant Ofcom — mais ces dispositions sont assez harmonisées entre les secteurs — les parties à la procédure devant le Tribunal (ce qui comprend donc aussi Ofcom), ainsi que toute personne ayant un intérêt suffisant peuvent former un recours devant la Cour d'appel et seulement sur un point de droit. Cette initiative est néanmoins soumise — c'est une condition générale en droit processuel anglais — à l'approbation du Tribunal ou de la Cour d'appel⁴⁰³⁵.

1625. Cette possibilité est ouverte, même lorsque le recours devant le Competition Appeal Tribunal est un *judicial review* et non un *appeal*, comme on le voit dans le domaine postal, et selon les mêmes conditions⁴⁰³⁶.

1626. À la différence du droit français, le recours en *common law* n'est pas de droit, il requiert la permission du Tribunal ou de la Cour d'appel, ce qui n'est pas une condition toute platonique. En effet, la Cour d'appel a déjà jugé en droit de la concurrence — mais le raisonnement, étant donné ses fondements peut être étendu aux secteurs régulés — que la permission sera accordée parcimonieusement. Il faut une réelle chance de succès ou une raison impérieuse justifiant un *appeal* pour que la permission soit accordée. Dans plusieurs jugements, les magistrats ont affirmé que les décisions du Competition Appeal Tribunal font partie des décisions dans lesquelles ils feront attention à ne pas trop intervenir⁴⁰³⁷.

1627. Comme le recours est limité aux questions de droit, les juges font attention à ce que les requérants ne tentent pas de maquiller un problème factuel en point de droit. Dans une décision *Hutchison 3G UK Ltd v Ofcom*, le juge Buxton affirma : « le recours devant cette cour contre une décision du CAT ne peut porter que sur une question de droit... Tous les

⁴⁰³⁴ V. Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 22 mai 2007, Société Electricité de France c. Société Pouchon Cogen, n° 2006/16883.

⁴⁰³⁵ Communications Act 2003, article 196 ; Energy Act 2010, article 22.

⁴⁰³⁶ Postal Services Act 2011, article 57. Les parties et les personnes disposant d'un intérêt suffisant peuvent, après en avoir demandé l'autorisation au Tribunal, former un recours sur un point de droit devant la Cour d'appel.

⁴⁰³⁷ V. *Napp Pharmaceutical Holdings Limited v Director General of Fair Trading* [2002] EWCA Civ 796 : « But even if we did have authority to review such findings, as the conclusion of an expert and specialist tribunal, specifically constituted by Parliament to make judgements in an area in which judges have no expertise, they fall exactly into the category identified by Hale LJ in *Cooke v Secretary of State for Social Security* [2001] EWCA Civ 734, as an area which this court would be very slow indeed to enter ».

éléments auxquels la décision du CAT fait référence... étaient des éléments d'appréciation et d'opinion, qui sont de la seule compétence d'une juridiction spécialisée ayant une connaissance intime et détaillée de l'affaire. Les arguments du demandeur sont loin d'établir que le CAT a outrepassé la limite entre des éléments d'appréciation et des erreurs suffisamment sérieuses pour constituer une erreur de droit »⁴⁰³⁸. Le demandeur doit donc clairement identifier dans son recours le point de droit qu'il conteste⁴⁰³⁹.

1628. De même, ce n'est que rarement que la Cour d'appel acceptera le recours d'une partie victorieuse. Elle l'a pourtant accepté une fois. Il s'agissait d'un recours d'Ofcom contre une décision du Competition Appeal Tribunal qui avait, d'après Ofcom, décidé de points de droit qui n'étaient pas nécessaires pour la résolution du litige qui lui avait été soumis. La Cour d'appel considéra, pour des raisons d'intérêt général et dans l'intérêt des parties, qu'il était, au cas particulier, nécessaire de faire une exception⁴⁰⁴⁰.

Conclusion du § 3

L'étude des suites du recours met encore en évidence le caractère insatisfaisant du transfert du contentieux des autorités sectorielles au juge judiciaire. Le rôle de l'autorité sectorielle devant la Cour de cassation est clairement inadéquat pour la défense des intérêts et des droits conférés par le droit de l'Union européenne et le droit interne.

En regard, la démarche anglaise, plus pragmatique, est soucieuse de l'efficacité du pouvoir du Competition Appeal Tribunal et de ne pas encombrer son prétoire de demandes infondées. Or, comme le recours ne peut porter que sur des points de droit, les juges sont vigilants à n'autoriser que des recours posant des questions importantes. Mais, même devant l'instance de recours, l'autorité administrative est partie et argumente son recours, afin de défendre son point de vue.

⁴⁰³⁸ V. *Hutchison 3G UK Ltd v Ofcom* (unreported) : « An appeal to this court from the CAT can only be brought on a point of law . . . All of the matters to which the CAT referred . . . were matters of assessment and judgment, uniquely within the province of an expert tribunal with intimate and detailed knowledge of the case. The arguments in the [appellant's] skeleton do not come near to establishing that the CAT went so far wrong as to pass over the boundary between matters of judgment and errors sufficiently serious to amount to errors of law ».

⁴⁰³⁹ V. *Competition Litigation*, UK Practice and Procedure, préc., n° 20.16 suiv., spec. n° 20.22. V. *Napp v DGD* [2002] EWCA Civ 796.

⁴⁰⁴⁰ V. *Floe Telecom Ltd (in liquidation) v Office of Communications (T-Mobile (UK) Ltd intervening)* [2009] EWCA Civ 47 : « the general rule was that the only legitimate purpose of an appeal from the decision of a lower court, or in the case of a second appeal to the Court of Appeal from an appellate tribunal, was to reverse or vary an order on the ground that the lower court's decision was wrong, or was unjust because of a procedural or other irregularity in that court's proceedings; that a specialist tribunal established to adjudicate on disputes should ensure it was not pressured by parties or interveners or critics to yield to the temptation of giving generous general advice and guidance on matters it was not intended, qualified or equipped to do, since more harm than good could be done by deciding more than was necessary for the adjudication of the actual dispute; that the Court of Appeal itself, by accepting an appeal against a lower court's unnecessary rulings on points of law, also ran the risk of making a situation worse by expressing unnecessary opinions; but that, in the circumstances of the case, it was right for the Court of Appeal to hear the appeals of the parties who succeeded in the tribunal, although the court should restrict its judgment to those matters on which there were good reasons, in the interests of the parties and the public at large, for departing from the general rule ».

Conclusions de la Section 2

La mise en œuvre du contrôle de légalité à l'encontre de la fonction contentieuse des autorités sectorielles a permis de mettre en différence deux choix, correspondant aux traditions juridiques de chaque État. Ce choix se traduit par des caractères de contrôle différent d'un pays à l'autre.

Le Royaume-Uni a choisi en 2003 de confier le contrôle d'une partie des décisions d'Ofcom à un organe nouvellement créé, le Competition Appeal Tribunal. Ce choix s'inscrit dans une tradition juridique solidement établie au Royaume-Uni, préférant créer des instances spéciales, composées d'experts, pour contrôler les décisions des autorités administratives. Ce qui pourrait sembler être une innovation est donc, au contraire, complètement en ligne avec les traditions juridiques les mieux établies en *common law* anglais.

Ce qui est en revanche plus nouveau est d'avoir fait de ce tribunal une juridiction, ce qui correspond néanmoins à une évolution du système juridique anglais, qui tend depuis les années 2000 à juridictionnaliser son système de *tribunal*, à créer par conséquent une véritable juridiction administrative, mais qui reste sous l'autorité des cours de *common law*⁴⁰⁴¹.

Malgré la création de cette juridiction spécialisée, l'ensemble des décisions contentieuses des autorités sectorielles n'est pas de son ressort, même si l'on perçoit avec les lois sur l'énergie de 2010 et celle sur les services postaux de 2011, une tendance à choisir ce tribunal comme instance de recours. De trop nombreuses décisions des autorités sectorielles, notamment les sanctions dans le domaine audiovisuel, restent à l'écart de l'*appeal* et ne disposent que du recours en *judicial review*, lequel n'offre pas un contrôle complet de la décision, notamment sur les questions de fait, ce qui explique l'absence presque totale de recours lorsque seul le *judicial review* est disponible.

Pourtant, le travail du Competition Appeal Tribunal s'est avéré extrêmement profond et structurel sur la mission de régulation d'Ofcom. Non seulement le Tribunal s'est évertué à mener un contrôle complet des aspects tant juridiques que factuels des décisions, mais il a aussi eu un rôle pédagogique certain pour influencer la manière dont Ofcom envisageait sa tâche, afin que cette autorité prenne en compte, lors du règlement des différends l'ensemble des objectifs législatifs qui lui ont été assignés.

En comparaison, la France dispose sur le papier d'un contrôle de pleine juridiction ouvert contre l'ensemble des décisions des autorités sectorielles, dans le cadre de l'exercice de leur fonction contentieuse. Cependant, l'attribution du recours des décisions de règlement des différends à la Cour d'appel de Paris pose de nombreuses difficultés dans l'analyse de la profondeur du recours. Même si une chambre de la régulation a été créée, on ne perçoit pas de travail cohérent et suivi tendant à l'élaboration d'une doctrine de contrôle. De même, la situation procédurale de l'autorité de régulation, devant la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, est insatisfaisante.

⁴⁰⁴¹ La Cour suprême a en effet décidé que les décisions du Upper Tribunal peuvent faire l'objet d'un recours en *judicial review* mais dont l'objet est limité : « The Supreme Court decides that permission for *judicial review* should only be granted where the criteria for a second-tier appeal apply, that is where there is an important point of principle or practice or some other compelling reason to review the case ». V. R (on the application of MR (Pakistan)) v The Upper Tribunal (Immigration & Asylum Chamber) and Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 28 ; R (on the application of Cart) (Appellant) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28.

Malgré ces constats, il ne semble pas que la situation doive s'améliorer tant les moyens de la chambre de la régulation ont été diminués.

Conclusion du Sous-Titre 1

Il est assuré que les autorités sectorielles sont, dans l'exercice de leur fonction contentieuse, sujettes au contrôle juridictionnel de légalité⁴⁰⁴².

Ce contrôle juridictionnel est aujourd'hui largement influencé par les pressions externes du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les directives sectorielles, ainsi que le principe général d'effectivité imposent un certain degré de contrôle, mais l'analyse de la jurisprudence montre que le juge européen n'impose pas un degré de contrôle extrêmement exigeant.

C'est davantage la Convention européenne qui a entraîné, dans les deux pays, une évolution du contrôle. En France, ce traité a participé d'une évolution générale du contentieux des sanctions administratives qui ont peu à peu quitté le giron du recours pour excès de pouvoir pour rejoindre celui du plein contentieux, si bien que le standard de contrôle est désormais harmonisé. Cette évolution a aussi obéi à des logiques internes : les choix du législateur, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont constitué de puissants arguments en faveur du contrôle de pleine juridiction.

Concernant en revanche le contrôle du règlement des différends, le législateur a conféré au justiciable la possibilité de former un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris (sauf en matière audiovisuelle et de cinéma où le Conseil d'État est compétent). Ce choix, justifié par un souci de bonne administration de la justice, a eu, dans ces domaines, des conséquences sur le degré de contrôle et sur le statut de l'autorité. Contentieux du contrat, contentieux d'une décision administrative, les juges de la Cour d'appel de Paris n'ont pas établi clairement de doctrine, ni sur leur degré de contrôle, ni sur la place de l'autorité, ce qui nuit certainement à l'effectivité du droit de l'Union européenne et donne rétrospectivement raison aux inquiétudes de Gaston Jèze pour lequel « À coup sûr le fait que les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger les contestations aura, le plus souvent, pour conséquence soit une tentative d'application des règles du droit privé, soit une application maladroite des règles du droit public »⁴⁰⁴³.

L'arrêt Vébic de la Cour de justice, imposant, en droit de la concurrence, la qualité de partie devant l'instance de recours à cette autorité, impose de repenser la place de ces autorités devant la Cour d'appel de Paris. Elles doivent pouvoir défendre leurs décisions, comme une partie, elles doivent pouvoir former un recours en cassation si elle s'estime insatisfaite par le résultat du recours. Investies par le droit de l'Union européenne et le droit national de la mission d'accomplir certains objectifs, la nature du règlement des différends ne doit pas obscurcir la tâche administrative de ces autorités. Elles ne tranchent pas un différend en recourant au droit des contrats (comme la Cour d'appel de Paris a pu le faire dans son office

⁴⁰⁴² La doctrine française a pu défendre la thèse selon laquelle les autorités administratives indépendantes bénéficieraient d'une sorte d'immunité juridictionnelle (Y. Gaudemet, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? », Mélanges Charlier, 1981, p. 117). Mais le Conseil d'État a opposé un démenti à cette position (Conseil d'État, Ass., 10 juillet 1981, Retail, Recueil Lebon, p. 303).

⁴⁰⁴³ V. G. Jèze, Les contrats administratifs, Giard, 1927, p. 224, cité par L. Richer, « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », C.J.E.G., 1990, p. 367.

de réformation), elles tranchent un différend dans l'exercice de leur mission, afin que ces contrats se conforment aux objectifs du secteur.

Le modèle anglais avec la création d'une instance spécialisée peut à cet égard apporter une source d'inspiration car, s'il est bien un enjeu d'avenir c'est celui de la spécialisation progressive et l'intégration d'économistes aux formations de jugement dans ces domaines. Le Conseil constitutionnel, dans la décision relative à la Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, juge que la présence de citoyens assesseurs dans les juridictions correctionnelles n'est pas contraire en soi à la Constitution, mais que leur rôle doit être limité, car « l'article 6 de la Déclaration de 1789 impose que la nature des questions de droit ou de fait sur lesquelles les citoyens assesseurs sont appelés à statuer, ainsi que les procédures selon lesquelles ils statuent, soient définies de manière à ce qu'ils soient mis à même de se prononcer de façon éclairée sur les matières soumises à leur appréciation »⁴⁰⁴⁴. On ne voit pas en quoi ce raisonnement, parfaitement légitime concernant l'application du droit, ne pourrait pas être étendu aux questions économiques. Si les questions de droit doivent être tranchées par des juristes, il faut nécessairement, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, que l'appréciation des faits économiques soit confiée à des spécialistes pouvant éclairer de manière constructive la formation de jugement.

La France ne dispose en effet pas, à la différence des États-Unis par exemple, de département dédié aux questions économiques au sein du ministère de la Justice. Elle ne dispose pas non plus, d'instance juridictionnelle experte dans l'ensemble de ces questions, qui serait capable de contrôler efficacement l'ensemble de ces décisions et de répondre, le cas échéant, aux questions préjudicielles de nature économique posées par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Rappelons en effet qu'avec l'attribution de la fonction de contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence et le transfert des moyens en personnel correspondant de la D.G.C.C.R.F. à l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'État ne peut plus désormais poser de question préjudicielle à cette autorité, comme il avait pu le faire⁴⁰⁴⁵.

La comparaison amène donc à réfléchir, comme certains rapports au Royaume-Uni l'ont aussi fait, à l'instauration d'une juridiction spécialisée en matière de régulation, composée de juges et d'experts, dotée d'une compétence de pleine juridiction, devant laquelle les autorités sectorielles seraient de véritables parties et contre lesquelles un recours en cassation serait éventuellement disponible. L'éclatement des compétences n'est pas favorable à l'émergence d'un contrôle harmonisé et à l'élaboration d'une doctrine juridique qui prendrait pleinement compte des spécificités du travail des autorités sectorielles.

Le modèle anglais souffre, nous semble-t-il, de la transition que le *judicial review* est en train d'accomplir. Il est certain que le *judicial review* a complètement changé, notamment sous l'effet du droit de l'Union européenne et surtout de la loi sur les droits de l'homme de 1998. Il n'en reste pas moins que, face à la montée de la répression administrative et à l'absence de droit à un *appeal*, de trop nombreuses sanctions, qui tombent dans le champ de l'article 6 de

⁴⁰⁴⁴ V. Conseil constitutionnel, 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, n° 2011-635 DC, cons. 12.

⁴⁰⁴⁵ V. E. Glaser, « L'appréciation de l'effet d'une concentration sur la concurrence — La demande d'avis par le Conseil d'État au Conseil de la concurrence. Conclusions sur Conseil d'État, 20 juillet 2005, Société Fiducial Informatique et autre », RFDA 2006 p. 692 : « Par l'arrêt avant dire droit, le Conseil d'État s'est reconnu la possibilité, au titre de ses pouvoirs d'instruction, et alors même que le code de commerce ne prévoyait une telle consultation que par le ministre de l'Économie, de saisir pour avis le Conseil de la concurrence ».

la Convention, ne sont susceptibles que d'un *judicial review*. En dehors de l'incompatibilité manifeste avec la Convention, le *judicial review* doit aussi s'adapter pour prendre en compte ces nouvelles réalités. Certes, c'est un recours assez plastique, mais il n'en reste pas moins que l'absence de prise en compte des erreurs de fait, en matière répressive, pose de nombreuses questions et risque de laisser certaines injustices sans solution. Or, une étude du Administrative Justice and Tribunals Council, intitulée « Right at first time » a montré que, dans certains domaines, 38 % des décisions administratives sont annulées en *appeal*⁴⁰⁴⁶. La création d'un *administrative court* au sein de l'organisation juridictionnelle a permis davantage de spécialisation, mais cela n'a pas permis d'établir une doctrine de contrôle claire. Cette section ne publie pas de rapport sur les difficultés rencontrées et les enjeux à venir. C'est certainement un chantier que l'explosion de la répression administrative en Angleterre rend urgent, et ce d'autant plus qu'à la faiblesse du *judicial review* (en terme de contrôle, mais aussi en raison de son coût) s'ajoutent les faibles remèdes en responsabilité offerts aux citoyens anglais.

Il faut à présent analyser l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles dans l'exercice de leur fonction contentieuse, qui met aussi en évidence l'existence de deux modèles.

⁴⁰⁴⁶ V. Administrative Justice and Tribunals Council, Right at First Time, June 2011.

SOUS-TITRE II — LE CONTRÔLE DE LA RESPONSABILITÉ DES AUTORITÉS SECTORIELLES DANS L'EXERCICE DE LEUR FONCTION CONTENTIEUSE

Le contrôle des autorités sectorielles peut bien sûr prendre la forme d'un contrôle de légalité. Toutefois certaines décisions sont susceptibles de causer des préjudices importants aux particuliers ou aux entreprises, qu'il est important de réparer afin, comme le dit Jean-Louis Autin, de protéger les libertés contre les autorités administratives indépendantes⁴⁰⁴⁷, mais aussi pour assurer, comme le dit Benoît Delaunay, la discipline de l'action administrative⁴⁰⁴⁸. Bien plus la responsabilité des autorités sectorielles doit les amener à rendre des comptes sur leur action, à en répondre, lorsque celle-ci cause un dommage⁴⁰⁴⁹.

Le principe bien établi selon lequel le pouvoir exécutif doit être responsable s'applique donc aussi aux autorités indépendantes sous le double aspect de la responsabilité juridique et de la responsabilité politique. À ce niveau aussi les différences sont patentes. Alors que l'engagement de la responsabilité de l'Administration et des autorités sectorielles au Royaume-Uni est extrêmement difficile, la responsabilité des autorités sectorielles françaises peut être engagée pour faute lourde (chapitre I).

C'est aussi au regard du contrôle démocratique de l'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles que la différence apparaît. Même si le contrôle démocratique est de toute première importance dans la justification du contrôle restreint qui caractérise le judicial review, l'intérêt du Parlement anglais pour cette fonction contentieuse est limité. En regard, il fait l'objet d'une attention soutenue du Parlement français (chapitre II).

*

Chapitre I – La responsabilité devant le juge

Chapitre II – La responsabilité devant le Parlement

⁴⁰⁴⁷ V. J.-L. Autin, *Intervention des Autorités Administratives Indépendantes*, JurisClasseur Libertés, Fasc. 300, n° 63 suiv..

⁴⁰⁴⁸ V. B. Delaunay, *La faute de l'Administration*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 252, 2007, spéc. pp. 127 suiv..

⁴⁰⁴⁹ V. M.-A. Frison-Roche, « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Droit et économie de la régulation, Responsabilité et régulations économiques*, tome 5, Presses de Sciences Po, 2007, pp. 55-70 ; G. Viney, « La responsabilité », in *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, n° 35, pp. 275-292.

CHAPITRE I — LA RESPONSABILITÉ DEVANT LE JUGE

On verra d'abord que, contrairement au contrôle de légalité, les sources externes de responsabilité administrative – dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne – n'ont que peu d'influence pour les questions qui nous occupent (section I). On analysera ensuite la mise en œuvre de la responsabilité des autorités sectorielles dans les deux pays (section II).

*

Section I – Des fondements externes limités

Section II – Une mise en œuvre interne différenciée

Section 1 — Des fondements externes limités

On étudiera d'abord le fondement de la responsabilité tiré de la violation du droit de l'Union européenne (§1), avant d'analyser les cas de violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (§2).

*

§1 – Droit de l'Union européenne et responsabilité des autorités de régulation

§2 – Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et responsabilité des autorités de régulation

*

§ 1 — Droit de l'Union européenne et responsabilité des autorités de régulation

1629. Il est entendu que les justiciables tirent du droit de l'Union européenne le droit d'être indemnisé des décisions administratives prises en violation de ce droit. C'est un fondement désormais classique qui concerne l'ensemble des normes obligatoires européennes qu'elles soient d'effet direct ou non et tous les organes de l'État⁴⁰⁵⁰.

1630. La question plus délicate est celle de savoir si les directives qui imposent la création d'autorités réglementaires nationales et leur imposent un devoir de surveillance et d'action peuvent fonder aussi l'engagement de la responsabilité de la puissance publique, non pas pour violation de la règle européenne, mais simplement pour une carence dans la mise en œuvre

⁴⁰⁵⁰ V. C.J.C.E., 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. C-6/90 et C-9/90, AJDA 1992. 143, note P. Le Mire, RFDA 1992.1, note L. Dubouis, JCP 1992. 21783, note A. Barav, RTD eur. 1992. 27, note F. Schockweiler ; C.J.C.E., 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Bundesrepublik Deutschland ; 5 mars 1996, The Queen and Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd et a. ; 26 mars 1996, The Queen et H. M. Treasury ex parte British Telecommunications plc ; 23 mai 1996, The Queen and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Hedley Lomas Ltd. V. N. Dantonel-Cor, « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l'État », RTD eur. 1998. 98 ; L. Dubouis, « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA 1996, p. 583 ; A. Rigaux, « L'arrêt Brasserie du Pêcheur-Factortame III : le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe mai 1996, chron. n° 5 ; D. Simon, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire », AJDA 1996, p. 489 ; F. Schockweiler, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTD eur. 1992. 27 ; F. Schockweiler, G. Wivenes, J.-M. Godart, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », RTD eur. 1990, p. 27 ; C. Guettier, Irresponsabilité de la puissance publique (régimes législatifs, réglementaires et jurisprudentiels), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2009, n° 55 suiv. ; M. Hindré-Guéguen, Responsabilité (des États membres), Répertoire de droit communautaire, 2006. V. C.J.U.E., 24 novembre 2011, Commission c. Italie, aff. C-379/10.

des missions qu'impose le droit de l'Union européenne. Dans le silence des textes en effet, les justiciables européens bénéficient toujours d'un droit au recours qui garantit l'effectivité du droit de l'Union européenne. Mais bénéficient-ils aussi d'un droit à indemnisation lorsqu'une Administration commet une faute dans l'exercice du droit de l'Union européenne ?

1631. Cette hypothèse peut être étayée à partir de l'arrêt de la Cour de justice, Paul⁴⁰⁵¹. La question préjudicielle posée à la Cour était de savoir si les différentes directives en cause, en ce qu'elles contiennent des règles relatives à la surveillance des établissements de crédit, s'opposent à une règle nationale selon laquelle les missions de l'autorité de surveillance des établissements de crédit, n'étant accomplies que dans l'intérêt général, excluent que les particuliers puissent demander réparation des préjudices causés par une surveillance défaillante de la part de cette autorité. Était en cause ici une règle de droit de la responsabilité allemand selon laquelle le justiciable ne peut demander réparation que si un droit subjectif est violé.

1632. La Cour refuse de s'engager dans cette voie et de fonder un droit à réparation, à partir de plusieurs considérations.

1633. L'objectif des textes européens est « la réalisation de l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'État membre d'origine ». Et, même si ces directives imposent aux États des obligations de surveillance et la protection des déposants, elles n'ont pas pour effet de « créer des droits en faveur des déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts causée par une surveillance défaillante de la part des autorités nationales compétentes ».

1634. En d'autres termes, l'établissement d'objectifs et d'obligation par le droit de l'Union européenne n'entraîne pas, *ipso facto*, la création de droits à réparation. Pourquoi ?

1635. D'abord, les textes ne contiennent aucune règle de droit à cet effet. On pourrait donc tirer de cet argument qu'*a contrario* des directives pourraient créer de tels droits. Toutefois, il faut manifester une disposition expresse pour créer un droit à réparation tiré d'une obligation juridique européenne.

1636. Ensuite, l'objectif d'harmonisation poursuivi par le législateur européen ne serait pas rendu plus effectif par l'instauration d'un tel droit. Comme le dit clairement la Cour : « la coordination des règles nationales relatives à la responsabilité des autorités nationales à l'égard des déposants en cas de surveillance défaillante ne paraît pas nécessaire pour parvenir aux résultats décrits au point précédent ». On pourrait en déduire que si la création d'un droit à indemnisation opposable à l'Administration était nécessaire pour parvenir à l'objectif recherché, un tel droit pourrait exister. Nonobstant cette lecture, le droit de la responsabilité administrative n'est pas un moyen d'harmonisation jugé nécessaire par la Cour, au point de fonder un droit pour les citoyens européens.

⁴⁰⁵¹ V. C.J.C.E., 12 octobre 2004, aff. C-222/02, Paul, Sonnen-Lütte et Mörkens : Rec. CJCE 2004, I, p. 9425 ; Europe 2004, obs. A. Bouveresse ; A. Bouveresse, « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, étude 17. V. A. Scarso « Tortious Liability of Regulatory Authorities », spéc. pp. 111 suiv., in European Tort Law, 2005, Tort and Insurance Law Yearbook, 2006, Volume 2005, Part 1, pp. 94-116.

1637. Le Cour de justice note aussi que dans de nombreux pays européens, à l'instar de ce qui se passe en droit allemand, l'engagement de la responsabilité de l'Administration pour défaut de surveillance est exclu, motif pris de considérations tenant « à la complexité de la surveillance bancaire, dans le cadre de laquelle les autorités ont l'obligation de protéger une pluralité d'intérêts, parmi lesquels plus particulièrement celui de la stabilité du système financier ».

1638. En dernière instance, la Cour note en quelque sorte le caractère inutile d'une telle reconnaissance, car l'objet de la législation européenne est précisément de créer un mécanisme de protection des épargnants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts, « qui est également garantie dans les cas où l'indisponibilité des dépôts pourrait trouver sa cause dans une surveillance défaillante de la part des autorités compétentes ».

Inutile, inopportun donc, c'est surtout parce que les textes ne créent pas de droit au profit des particuliers que la responsabilité de l'Administration ne peut être engagée.

Conclusion du § 1

La solution de cet arrêt peut être étendue aux secteurs à l'étude. Le droit de l'Union européenne ne peut fonder un droit à réparation que lorsque les textes le spécifient clairement ou si les autorités administratives nationales violent une règle européenne. C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement des arrêts *Factortame* et *Brasserie du pêcheur* dans lesquels la Cour de justice a indiqué trois conditions faisant naître un droit à être indemnisé de la violation du droit de l'Union européenne : la règle en question doit conférer un droit aux citoyens européens, la violation doit être suffisamment sérieuse, en ce sens que l'État membre doit avoir manifestement et gravement méconnu ses obligations et il doit exister un lien de causalité direct entre la violation et le préjudice⁴⁰⁵². En dehors d'une violation caractérisée du droit de l'Union européenne, celui-ci ne peut fonder un droit à réparation à l'encontre de la puissance publique.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme peut-elle fonder un droit à réparation⁴⁰⁵³ ?

§ 2 — Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et responsabilité des autorités de régulation

1639. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que l'engagement de la responsabilité publique implique la mise en œuvre d'un droit de caractère civil au sens de l'article 6 § 1. Dans l'arrêt *Ringeisen*, la Cour a nettement affirmé qu'elle ne fermait pas la porte à l'application de l'article 6 à la responsabilité administrative, car pour elle « Peu

⁴⁰⁵² V. C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Recueil de jurisprudence 1996 page I-01029. V. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, préc., n° 168 suiv. ; F. Fines, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne : de la référence aux principes généraux communs à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit international, tome 101, 1990.

⁴⁰⁵³ L'analyse ne portera pas sur l'hypothèse de l'expropriation pour laquelle la Convention garantit une indemnisation.

importe dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc.) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif, etc.) »⁴⁰⁵⁴. L'article 6 est en fait indifférent à la nature de la personne publique ou privée, seule compte la nature du droit violée. Dans l'arrêt König, la Cour estime ainsi que « si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est... pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique... seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause »⁴⁰⁵⁵. Or, à ce titre la Cour a expressément considéré que la responsabilité administrative « engageait bien, en son principe, de tels droits patrimoniaux de caractère civils, qu'il s'agisse de la responsabilité pour faute ou de la responsabilité sans faute..., et ce qu'il s'agisse de la responsabilité délictuelle, quasi délictuelle, contractuelle ou quasi contractuelle ».⁴⁰⁵⁶

1640. Mais c'est aussi sur le fondement de l'article 13 que la responsabilité de la puissance publique peut être déclenchée. L'arrêt de Grande chambre, *Z. et autres c. Royaume-Uni* le démontre de manière nette⁴⁰⁵⁷. Les requérants avaient saisi la Cour de la carence d'une autorité publique, laquelle n'aurait « pas pris les mesures adéquates pour les protéger de la négligence et des abus graves dont on savait qu'ils étaient victimes du fait des mauvais traitements que leur infligeaient leurs parents ».

1641. Le raisonnement de la Cour est particulièrement éclairant, mais la portée de l'arrêt sur les domaines à l'étude est à relativiser, car la Cour prend bien soin de noter que sont en cause ici des articles fondamentaux du traité comme le droit à la vie ou la protection contre la torture. Néanmoins, la Cour note que « dans les cas où l'on reproche aux autorités de n'avoir pas protégé des personnes contre les actes de simples particuliers, l'article 13 peut ne pas toujours impliquer pour les autorités l'obligation d'assumer la responsabilité d'enquêter sur les allégations. En revanche, la victime ou sa famille doit disposer d'un mécanisme permettant d'établir, le cas échéant, la responsabilité d'agents ou organes de l'État pour des actes ou omissions emportant violation des droits consacrés par la Convention. Par ailleurs, lorsque la violation concerne les articles 2 ou 3, qui sont les dispositions les plus fondamentales de la Convention, une indemnisation du dommage moral découlant de la violation doit en principe être possible et faire partie du régime de réparation mis en place ».

⁴⁰⁵⁴ V. C.E.D.H., 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*, n° 2614/65, § 94. Nous suivons en cela les développements de D. de Béchillon, B. Ricou, *Irresponsabilité de la puissance publique*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2011, n° 81 suiv..

⁴⁰⁵⁵ V. C.E.D.H., 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73, § 90.

⁴⁰⁵⁶ V. D. de Béchillon, B. Ricou, *Irresponsabilité de la puissance publique*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2011, n° 82. V. C.E.D.H., 28 septembre 1995, *Scollo c. Italie*, n° 19133/91, § 44 (« Sans méconnaître les difficultés pratiques soulevées par l'exécution d'un nombre très élevé d'expulsions, la Cour considère que l'inertie de l'administration compétente engage la responsabilité de l'État italien sur le terrain de l'article 6 par. 1 »); Comm. EDH, 27 juin 1994, n° 19133/91, *Hayot c. France* (durée excessive d'une procédure en indemnisation devant le tribunal administratif); Comm. EDH, 17 octobre 1994, L.P. V. c. France, n° 21292/93 (« le contentieux de la responsabilité civile de la puissance publique, en particulier l'indemnisation d'un préjudice causé par un acte fautif de celle-ci, peut tomber sous l'application de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention et ce, dans la mesure où la procédure visant la réparation pécuniaire du dommage subi a un caractère patrimonial et personnel, nonobstant l'origine du différend et la compétence des juridictions administratives »); C.E.D.H., 27 avril 1989, *Neves e Silva c. Portugal*, série A n° 153, p. 14, § 37 (« Quant au droit revendiqué, il consistait dans la réparation pécuniaire d'un dommage patrimonial; il revêtait donc un "caractère civil", nonobstant l'origine du litige et la compétence des juridictions administratives »); C.E.D.H., 26 mars 1992, Éditions Péricope, n° 11760/85, série A n° 234, p. 66, § 40.

⁴⁰⁵⁷ V. C.E.D.H., 10 mai 2001, *Z. et autres c. Royaume-Uni*, n° 29392/95, spéc. § 109.

1642. On le voit, même si le raisonnement et l'affaire sont sans doute dictés par des considérations tenant au caractère particulièrement grave des conséquences de la carence des autorités publiques pour la protection de valeur fondamentale, le raisonnement de la Cour n'en a pas moins une portée assez large. La Cour énonce que la Convention n'oblige pas les autorités publiques à mettre en œuvre leurs pouvoirs d'enquête et de poursuite ; en revanche, la Convention confère aux victimes le droit de disposer d'un moyen d'engager la responsabilité de la puissance publique lorsque celle-ci, par son inaction, a causé un préjudice⁴⁰⁵⁸.

1643. En 2002, dans l'affaire Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni⁴⁰⁵⁹, la cour réitère son jugement, rappelle le caractère fondamental des articles 2 et 3 dont la violation doit pouvoir entraîner une réparation du dommage moral ainsi causé. Il s'agissait en effet de la carence des autorités pénitentiaires dans la protection de leur fils, tué par son codétenu. L'impossibilité, en droit interne anglais, d'engager une action en responsabilité contre la puissance publique pour sa carence, entraîne une méconnaissance de la Convention : « il n'apparaît pas (et le Gouvernement n'a pas avancé pareil argument) qu'ils auraient pu obtenir une indemnité pour dommage moral... ou l'assistance judiciaire pour poursuivre pareilles actions. Dans ces conditions, la Cour estime que lesdites voies de recours étaient dépourvues d'utilité pratique en l'espèce ». De surcroît « le Gouvernement n'a fait mention d'aucune autre procédure au travers de laquelle la responsabilité des autorités pourrait être établie d'une manière indépendante, publique et effective », si bien que la violation de l'article 13 est constituée.

Conclusion du § 2

Ainsi, l'action en responsabilité de l'État fait partie intégrante des protections de la Convention. Ces solutions pourraient-elles s'appliquer aux secteurs régulés ? Certaines affirmations de la Cour ont un caractère général, cependant, la censure particulièrement forte dans ces affaires prend place dans le cadre de valeurs fondamentales de la Convention. De même que l'on a vu comment la Cour avait fait une différence entre le volet civil et le volet pénal de l'article 6 pour exiger un standard de contrôle différent dans chaque cas, de même, il n'est pas assuré que la protection d'intérêts purement commerciaux ou financiers puisse trouver un fondement dans la Convention pour engager la responsabilité de l'État. Dans ces domaines, la Cour peut estimer, certainement à juste titre, que les États pourraient disposer

⁴⁰⁵⁸ V. aussi C.E.D.H., 6 septembre 1978, Klass et autres c. R.F.A., Série A, n° 28, §§ 64 et 71 ; C.E.D.H., 25 mars 1983, Silver et autres Série A, n° 61, § 113.

⁴⁰⁵⁹ V. C.E.D.H., 14 mars 2002, Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, n° 46477/99, §§ 99-100. V. aussi sur la négligence d'un État à protéger le droit à la vie dans le cas de la chute d'un arbre due à un défaut d'entretien imputable à l'autorité publique : C.E.D.H., 14 juin 2011, Ciechonska c. Pologne, n° 19776/04, spéc. §66 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 29 Août 2011, 914, n° 3, note F. Sudre : « The State's positive obligation also requires an effective independent judicial system to be set up so as to secure legal means capable of establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress to the victim (see Dodov, cited above, § 83, and Byrzykowski, cited above, §§ 104-118). This obligation does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. Where negligence has been shown, for example, the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts. However, Article 2 of the Convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice (see Calvelli and Ciglio, cited above, § 53) ».

d'une marge d'appréciation supérieure. De l'avis d'Hélène Muscat, le droit à un recours effectif n'implique pas « obligatoirement une action en réparation »⁴⁰⁶⁰.

Le droit de la Convention européenne peut donc fonder une action en responsabilité contre l'État, mais la jurisprudence semble cantonner ces solutions à des domaines bien spécifiques.

Conclusion de la section I

Les fondements externes d'un engagement de la responsabilité administrative des autorités publiques en France et au Royaume-Uni sont donc fragiles. En dehors d'une violation caractérisée de ces sources, le fondement de la responsabilité est limité.

En tout cas, l'illégalité d'un acte administratif comme fondement de responsabilité n'apporte rien au droit français. On verra en revanche qu'il constitue une évolution pour le droit anglais pour lequel cette illégalité n'entraîne pas un droit à être indemnisé.

Il faut à présent montrer que la faiblesse des sources externes de responsabilité administrative entraîne une mise en œuvre différenciée en France et au Royaume-Uni.

⁴⁰⁶⁰ V. H. Muscat, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2001, pp. 120-121.

Section 2 — *Une mise en œuvre interne différenciée*

En l'absence de sources externes véritablement contraignantes, il n'est pas étonnant que l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles obéisse à des logiques différentes. La responsabilité administrative a fait l'objet de nombreuses études de droit comparé depuis plus d'une dizaine d'années et a largement focalisé l'attention de la doctrine. Il ne peut être ici question d'entamer une étude exhaustive de ce sujet. Néanmoins, il nous semble que la doctrine de droit comparé s'est par trop focalisée sur la question du dualisme juridictionnel ou sur la dichotomie entre les systèmes de *common law* et ceux de droit continental, pour comprendre réellement le fondement des différences de régime, différences dont notre sujet n'est qu'une illustration supplémentaire.

On verra par conséquent que l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles en France pour faute lourde (§1) se distingue du régime de responsabilité des autorités administratives au Royaume-Uni (§2). La difficulté d'engager la responsabilité de l'Administration en *common law* s'explique peut-être moins par l'existence d'un droit administratif de la responsabilité que par les caractères profonds du droit de la responsabilité de chaque pays.

*

§1 — La responsabilité des autorités sectorielles en France : une responsabilité pour faute lourde

§2 — La responsabilité des autorités sectorielles au Royaume-Uni : une responsabilité difficile à engager

*

§ 1 — La responsabilité des autorités sectorielles en France : une responsabilité pour faute lourde

Afin de manifester le degré de contraste avec la position anglaise, il faut d'abord établir que la responsabilité des autorités sectorielles répond à certains principes internes (I). Ensuite, on verra la mise en œuvre du régime de responsabilité des autorités sectorielles (II).

I — Les principes

L'analyse des principes est importante à deux titres : d'abord, l'analyse permet de fixer les fondements élevés de cette responsabilité et, au titre de la comparaison, elle explique la différence que joue le droit de la responsabilité dans le contrôle de l'Administration entre les

deux pays. On étudiera d'abord le fondement constitutionnel de cette responsabilité (A), puis on verra comment le Conseil d'État répond aux textes excluant la responsabilité de l'Administration, cas de figure qui se rencontre souvent au Royaume-Uni (B).

A — La responsabilité des autorités de régulation : une exigence constitutionnelle

1644. Dans la décision dite « Conseil supérieur de l'audiovisuel », le Conseil constitutionnel jugea, dans un considérant important, que l'engagement de la responsabilité de l'autorité sectorielle fait partie intégrante, au même titre par exemple que le principe de légalité des sanctions, des garanties indispensables à l'exercice de la répression administrative. Examinant le dispositif législatif relatif à la possibilité dont dispose le Conseil de suspendre l'autorisation, le juge établit sa conformité en recourant à deux types d'arguments.

1645. Il considère d'une part que le dispositif créé par le législateur est entouré de suffisamment de garanties pour que l'atteinte à la liberté de communication des pensées ne soit pas disproportionnée. En effet, la durée et l'ampleur de la suspension doivent être proportionnées à la gravité du manquement.

1646. D'autre part, il note qu'en tout état de cause, une décision de suspension « qui interviendrait en violation des dispositions législatives ou réglementaires serait susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique »⁴⁰⁶¹. Il ne s'agit pas d'une réserve d'interprétation constructive,⁴⁰⁶² mais d'un rappel du droit en vigueur. La mise en cause de la responsabilité de l'État pour une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel fait toutefois partie intégrante de la motivation du Conseil constitutionnel concluant à la constitutionnalité du pouvoir de suspension de l'autorisation. Ce pouvoir est en effet susceptible de générer un préjudice important, que la puissance publique devra réparer s'il s'avère que la décision est illégale.

1647. Ce principe est bien sûr applicable à l'ensemble des autorités sectorielles, il ne s'agit que du rappel d'un principe bien établi : la possibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique lorsque celle-ci viole les dispositions législatives et réglementaires applicables⁴⁰⁶³. Pour Roland Drago en effet, « on n'hésite pas à dire que la responsabilité de l'État et des autres personnes publiques est une règle de nature constitutionnelle »⁴⁰⁶⁴, même si « le poids de la contrainte constitutionnelle spécifiquement applicable à la responsabilité de la puissance publique reste très difficile à apprécier »⁴⁰⁶⁵. En effet, il est difficile de rattacher cette règle aux sources constitutionnelles de la responsabilité administrative qu'analyse

⁴⁰⁶¹ V. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, préc., point 42

⁴⁰⁶² Une réserve est dite constructive lorsque « le Conseil ajoute véritablement à la loi dans le but de la rendre ainsi conforme à la Constitution » (G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 1998, p. 419 – 420).

⁴⁰⁶³ Deux conditions sont nécessaires pour que la responsabilité de l'Administration soit engagée à raison de l'illégalité d'un acte administratif : il faut que cet acte soit illégal et qu'il constitue une véritable décision. V Ch. Guettier, *Irresponsabilité de la puissance publique (régimes législatifs, réglementaires et jurisprudentiels)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, mai 2009, n° 28.

⁴⁰⁶⁴ V. R. Drago, *Responsabilité (Principes généraux de la)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, mai 2004, n° 43.

⁴⁰⁶⁵ V. D. de Béchillon, B. Ricou, *Irresponsabilité de la puissance publique*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2011, n° 29 ; M. Deguerge, « Les sources constitutionnelles du droit de la responsabilité administrative », in X. Bioy (ss. la dir. de), *Constitution et Responsabilité*, 2009, Montchrestien Lextenso, coll. Grands colloques, p. 145.

Maryse Deguerge, la rupture d'égalité devant les charges publiques, la liberté ou la fraternité⁴⁰⁶⁶. Il ne faut donc certainement voir dans cette décision qu'un rappel ; on verra qu'il n'a peut-être pas été entendu pas le Conseil d'État, lequel a consacré un régime de responsabilité pour faute lourde pour l'illégalité d'une sanction administrative d'une autorité administrative indépendante. Aussi, la portée de cette décision est-elle certainement à relativiser. Il reste malgré tout que, dans la motivation du juge, la responsabilité de l'État à raison d'une décision de sanction illégale, est une garantie nécessaire à la sauvegarde de la liberté en question. La responsabilité administrative à raison de l'illégalité d'une action trouve donc un fondement constitutionnel dans l'idée de garantie des droits.

1648. En dehors du caractère constitutionnel du fondement de la responsabilité des autorités sectorielles (pour une action illégale), affirmé par le juge, il faut étudier, dans l'intérêt de la comparaison, le traitement par le juge de l'hypothèse selon laquelle le législateur déclarerait la puissance publique irresponsable pour ses actes, ce qui peut arriver dans les secteurs régulés au Royaume-Uni.

B — L'interprétation restrictive des lois excluant la responsabilité de l'Administration

1649. Il faut ici analyser le sort que le Conseil d'État réserve aux dispositions excluant la responsabilité de l'État.

1650. Le Conseil d'État, dans la lignée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, interprète les dispositions législatives excluant toute responsabilité comme ne couvrant pas les cas de faute lourde. La faute lourde sert, pour reprendre les termes de René Chapus, à « limiter la portée de dispositions législatives instituant l'irresponsabilité de l'État »⁴⁰⁶⁷. Ainsi le juge a-t-il été amené à neutraliser une disposition du Code des postes et des télécommunications « exonérant ce service de toute responsabilité, d'une part en la cantonnant au domaine précis de la perte du courrier ou de son acheminement et de sa distribution et en l'écartant pour l'organisation du service, d'autre part, même dans le domaine où elle devait s'appliquer, en ne l'appliquant pas au cas de faute lourde »⁴⁰⁶⁸.

Dans le domaine des réseaux, à quel régime obéit l'engagement de la responsabilité de la puissance publique ?

II — Le régime d'engagement de la responsabilité

1651. Comme l'affirme Maryse Deguerge, « manifestations même du pouvoir de punir que l'administration s'octroie avec l'autorisation du législateur, ... les sanctions administratives ont été progressivement saisies par le droit au recours et à un recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Or, ni l'ouverture, même sans texte, du recours pour excès de pouvoir, ni la possibilité d'exercer un

⁴⁰⁶⁶ V. M. Deguerge, « Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative », in Constitution et responsabilité, préc..

⁴⁰⁶⁷ V. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, p. 1324, n° 1475.

⁴⁰⁶⁸ V. Conseil d'État, 17 octobre 1986, ministre des PTT c. Erhardt, Recueil Lebon p. 240 ; AJ 1986.694, chr. Azibert et de Boisdeffre ; RA 1986.569, note Terneyre ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 96-8, p. 692.

recours de pleine juridiction, prévue souvent par les textes instituant lesdites sanctions, ne suffisent à satisfaire pleinement cette effectivité. Seule la réparation intégrale des préjudices subis du fait du prononcé d'une sanction illégale permet d'approcher cette effectivité. Les sanctions administratives appellent donc autant la réparation que l'annulation et la réformation, même si le recours en responsabilité a été rarement exercé jusqu'à présent, alors même qu'il permet d'aller au-delà de la satisfaction équitable constituée par la constatation de l'illégalité ou de l'inconventionnalité de la sanction »⁴⁰⁶⁹. La question de l'engagement de la responsabilité est donc bien au cœur de l'effectivité des droits conférés aux justiciables.

Trois questions devront ici être étudiées successivement : le juge compétent pour connaître de l'action en responsabilité (A), l'autorité responsable (s'agit-il de l'État ou de l'autorité elle-même ?) (B) et, enfin, le régime de responsabilité applicable (C).

A — Le juge compétent

Le législateur ayant choisi, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'attribuer le contentieux de la légalité des actes de certaines autorités sectorielles au juge judiciaire, il a donc semblé opportun d'harmoniser les conditions du contrôle de légalité avec celle de l'engagement de la responsabilité.

En conséquence, malgré la compétence de principe du juge administratif pour connaître des actions en responsabilité engagée contre l'État⁴⁰⁷⁰, les dérogations introduites par le législateur ont modifié les règles de compétences juridictionnelles. Nous nous intéresserons d'abord à l'ampleur de la compétence du juge judiciaire (1) avant de nous intéresser à celle du juge administratif et, plus précisément, au juge compétent au sein de cet ordre (2).

1 — Les contours de la compétence du juge judiciaire pour connaître des actions en responsabilité engagées à raison de l'action des autorités administratives indépendantes

1652. Prenant acte des dérogations introduites par le législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le tribunal des conflits est venu préciser la compétence du juge judiciaire pour connaître des actions contre les autorités dont le contentieux de la légalité a été attribué à la Cour d'appel de Paris.

1653. Le tribunal des conflits, prenant acte du transfert de compétence au profit du juge judiciaire pour connaître des contestations relatives aux décisions de la Commission des opérations de bourse visées à l'article 12 précité de l'ordonnance du 28 septembre 1967, juge que, par là-même, le législateur a aussi transféré au juge judiciaire « les demandes d'indemnité fondées sur l'illégalité dont seraient entachées ces décisions »⁴⁰⁷¹. Le Conseil

⁴⁰⁶⁹ V. M. Deguerge, « Sanctions administratives et responsabilité », AJDA 2001 p. 81.

⁴⁰⁷⁰ V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 213 suiv. ; J.-P. Kovar, « La responsabilité des autorités de régulation face au dualisme juridictionnel », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, mars 2009, étude 12.

⁴⁰⁷¹ V. Tribunal des conflits, 22 juin 1992, Mizon, n° 02671, Recueil Lebon p. 486 ; Recueil Dalloz 1993 p. 439, note N. Decoopman ; RFDA 1991 p. 293, note F. Llorens. Tribunal des conflits, 24 octobre 1994, Institut privé de gestion financière et Royer c. Conseil des bourses de valeur, n° 02865 : « Considérant que, par les dispositions précitées, le législateur a entendu donner compétence aux juridictions de l'ordre administratif pour connaître non seulement des recours dirigés contre les décisions prises par le Conseil des bourses de valeurs dans l'exercice de ses attributions en matière réglementaire et disciplinaire mais également des actions en réparation

d'État avait fait d'ailleurs la même lecture de la volonté du législateur dans l'affaire Compagnie diamantaire d'Anvers, puisqu'il précise bien, dans cette décision, que « les demandes d'indemnité fondées sur l'illégalité dont seraient entachées ces décisions... présentées tant par la Compagnie diamantaire d'Anvers que par M. Delcourt... qui sont entièrement fondées sur l'illégalité de la décision de la Commission des opérations de bourse du 20 juillet 1984, ne relèvent pas davantage de la compétence des juridictions administratives »⁴⁰⁷².

1654. Il résulte donc bien de cette jurisprudence que la compétence du juge judiciaire est limitée par deux critères : le législateur doit avoir transféré le contentieux de l'annulation à ce juge et la responsabilité ne peut être engagée devant le juge judiciaire que pour l'illégalité de la décision administrative.

1655. C'est ce que confirme une décision plus récente du même tribunal qui vient préciser davantage le partage de compétence.

1656. Dans cette décision du 2 mai 2011, le tribunal des conflits, après avoir rappelé la solution de l'arrêt Compagnie diamantaire d'Anvers, précise bien que l'action en responsabilité ne vise que l'hypothèse de l'illégalité de l'acte administratif en question : « Considérant que, si l'article L. 621-30 du code monétaire et financier réserve à l'autorité judiciaire compétence pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du même code, et si, par suite, il en va de même pour les actions tendant à la réparation des conséquences dommageables nées de telles décisions, en revanche, les actions mettant en cause le fonctionnement défectueux des services de cette autorité publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative »⁴⁰⁷³.

1657. Jugeant ainsi, le tribunal des conflits choisit la voie opposée à celle que le rapporteur lui avait proposée. Ainsi, explique Mattias Guyomar, « dans la mesure où les sociétés pour lesquelles le visa avait été demandé à l'AMF, préalablement à leur introduction en bourse par la société EFI, ne figurent pas parmi les personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du CMF, le contentieux relatif au visa leur étant délivré comme au refus de visa leur étant opposé relève de la compétence du juge judiciaire. Le rapporteur public devant le Conseil d'État en déduisait la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de l'action en responsabilité : « Il nous semble qu'une bonne administration de la justice commande que ce contentieux soit jugé par les mêmes juridictions que celles qui ont à connaître des décisions d'octroi ou de refus de visa » ».

1658. Or, la solution du rapporteur se heurtait bien à la lettre de la jurisprudence antérieure. Le dysfonctionnement allégué se situait bien en amont et saisisait l'action de l'Autorité des marchés financiers dans son fonctionnement – ou plutôt son dysfonctionnement – et non dans sa légalité. La société demandait en effet réparation des dommages imputables « aux retards

des dommages causés par les fautes commises par le Conseil des bourses de valeurs dans l'exercice de ces attributions et donner compétence aux tribunaux judiciaires pour se prononcer sur les autres actes de ce Conseil et statuer sur les actions en réparation de leurs conséquences dommageables ».

⁴⁰⁷² V. Conseil d'État, Sect., 6 juillet 1990, n° 62716, 77723 et 84309, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt, Lebon 1990, p. 206 ; AJDA 1990, p. 907, obs. L. Richer ; RFDA 1991. 293, note F. Llorens.

⁴⁰⁷³ V. Tribunal des conflits, conflit sur renvoi du Conseil d'État, 2 mai 2011, Société Europe Finance et Industrie c. Autorité des marchés financiers, n° 3766, AJDA 2011 p. 932, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 9 juin 2011, 1445 ; JurisData n° 2011-007963 : La Gazette du Palais, 26 mai 2011 n° 146, pp. 19-21, note M. Guyomar

apportés par la Commission des opérations de bourse, puis par cette Autorité, à l'instruction de ses demandes de visa présentées en vue de l'inscription de sociétés en bourse ».

1659. Comme le résume bien Mattias Guyomar, la compétence du juge judiciaire s'explique uniquement par la volonté, de bonne administration, de ne pas dissocier l'appréciation de la légalité et la demande d'indemnisation fondée sur l'illégalité : « Si le contentieux de la responsabilité suit en principe celui de la légalité, c'est parce qu'il est souhaitable, en termes de bonne administration de la justice, que le même juge contrôle la légalité d'un acte et apprécie les conséquences qu'il convient de tirer de son éventuelle illégalité s'agissant de l'engagement de la responsabilité de son auteur »⁴⁰⁷⁴.

1660. Il résulte donc de l'ensemble de ces considérations que le juge judiciaire n'est compétent, en matière de responsabilité, que pour tirer les conséquences indemnitaires de l'illégalité d'une décision soumise à son contrôle.

1661. Pour ce qui nous occupe, le juge judiciaire ne serait donc compétent que pour connaître des actions en responsabilité tenant à l'illégalité d'une décision de règlement des différends de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, de la Commission de régulation de l'énergie (du CoRDIS plus précisément), de l'Autorité de régulation des activités ferroviaire et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet.

Dans tous les autres cas, c'est bien le juge administratif qui sera compétent.

2 — *La compétence du juge administratif*

1662. L'engagement de la responsabilité de l'État pour les fautes commises par les autorités administratives indépendantes devant le juge administratif est de principe. Le juge administratif est ainsi compétent pour connaître des actions intentées contre la Commission bancaire⁴⁰⁷⁵ – mais celle-ci était une juridiction administrative par détermination de la loi — ou la Commission de contrôle des assurances⁴⁰⁷⁶ ou du comité des établissements de crédit⁴⁰⁷⁷.

1663. Dans l'ordre juridictionnel administratif, c'est le tribunal administratif qui est compétent pour connaître en premier ressort des actions en responsabilité contre l'État. L'article R. 312-14 du code de justice administrative amène à distinguer plusieurs hypothèses en fonction du fait générateur du dommage : si le dommage est causé par l'illégalité d'une décision administrative, le tribunal compétent est le même que celui qui serait amené à statuer sur la légalité de cette décision ; si c'est un fait ou un agissement administratif qui est en cause, le tribunal compétent est le tribunal dans le ressort duquel se trouve le lieu où le fait générateur du dommage s'est produit ; si enfin, le fait générateur du dommage n'entre dans aucune de ces deux catégories, le tribunal compétent est celui de l'auteur de la demande.

⁴⁰⁷⁴ V. M. Guyomar, note La Gazette du Palais, 26 mai 2011 n° 146, pp. 19-21.

⁴⁰⁷⁵ V. Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie et des Finances c. Kechichian, n° 219562, Recueil Lebon p. 537, Juris-Data n° 2001-063085, CJEG 2002, p. 380, concl. Seban, Dr. adm. 2002, comm. n° 58, AJDA 2002, p. 133, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFD adm. 2002. 742, concl. Seban, note F. Moderne.

⁴⁰⁷⁶ V. Conseil d'État, 18 février 2002, Groupe Norbert Dentressangle, n° 214179, Recueil Lebon, table, p. 918, Juris-Data n° 2002-064092 : RFDA 2002 p. 754, obs. F. Moderne ;

⁴⁰⁷⁷ V. Conseil d'État, 30 juillet 2003, Mme Kalfon, n° 210344, Recueil Lebon, tables, p. 983.

1664. Pour ce qui concerne la fonction contentieuse des autorités sectorielles, le tribunal compétent sera, sans aucun doute, en tout cas concernant l'illégalité d'un acte pris dans l'exercice de la fonction contentieuse étudiée, le tribunal administratif de Paris.

Après avoir déterminé le tribunal compétent, il reste à s'interroger sur la personne responsable.

B — Qui est responsable ? L'État ou l'autorité sectorielle ?

Cette question n'est en réalité pas difficile. Lorsque le législateur a souhaité conférer à une autorité administrative indépendante la personnalité morale, alors c'est la responsabilité de cette instance qui est engagée (2). Il en va différemment en cas d'absence de personnalité morale (1).

1 — Les autorités dénuées de personnalité morale : l'engagement de la responsabilité de l'État

1665. Les autorités sectorielles dépourvues de la personnalité morale, c'est-à-dire l'ensemble des autorités étudiées sauf l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et la H.A.D.O.P.I., engagent, dans leur action, la responsabilité de l'État. C'est ce qui a par exemple été reconnu concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁰⁷⁸ ou la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances.

Il en va différemment lorsque le législateur a conféré aux autorités administratives indépendantes la qualité de personne morale.

2 — Les autorités dotées de la personnalité morale engagent leur propre responsabilité

1666. Avec la création nouvelle de la catégorie d'autorité publique indépendante⁴⁰⁷⁹, dotée de la personnalité morale, catégorie qui comprend aujourd'hui, dans notre secteur, l'A.R.A.F. et la H.A.D.O.P.I., le législateur leur transfère par là même la responsabilité de leur action.

1667. À l'occasion d'un avis concernant l'Autorité de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance le Conseil d'État a précisé que « Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe

⁴⁰⁷⁸ V. Cour administrative d'appel de Paris, 11 juillet 2007, Association Ici et Maintenant, n° 04PA00869 : « Considérant que l'association « Ici et Maintenant », qui a saisi l'administration d'une demande préalable enregistrée le 23 mars 1999 au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, justifie d'un intérêt pour demander réparation des conséquences dommageables de la décision du 10 août 1995, annulée le 19 mars 1997 par le Conseil d'État statuant au contentieux, par laquelle le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel a refusé de reconduire hors appel à candidatures l'autorisation d'émission qui lui avait été accordée le 2 septembre 1992 ; que les fins de non-recevoir opposées par le défendeur doivent être écartées ». V. Tribunal administratif de Paris, 29 juillet 2009, Sté Vortex, n° 0619677. V. E. Guillaume, L. Coudray, Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire de contentieux administratif, 2010, n° 204 suiv..

⁴⁰⁷⁹ V. Michel Degoffe, Les autorités publiques indépendantes, AJDA 2008 p. 622. On compte aujourd'hui l'A.M.F., la H.A.D.O.P.I., l'A.R.A.F. (V. S. Nicinski, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », AJDA 2009 p. 1027), l'Agence française de lutte contre le dopage, la Haute Autorité de santé, le Haut Conseil du commissariat aux comptes et le Médiateur national de l'énergie. Certaines autorités ont été dotées de la personnalité morale comme l'A.C.A.M., ou la C.R.E. de décembre 2004 et juillet 2005.

général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions »⁴⁰⁸⁰. Elle doit donc assurer elle-même sa défense dans le cadre des contentieux qui sont engagés contre elle.

1668. L'avis semble indiquer que les autorités en question pourraient s'assurer contre ces risques, car ce n'est qu'en raison de « la nature des missions confiées à la CCAMIP » que celle-ci ne peut souscrire « pour couvrir les risques qu'elle encourt à raison des fautes qu'elle pourrait commettre dans l'exercice de ces missions, un contrat d'assurance auprès d'une société qui relève ou est susceptible de relever de son contrôle ». En revanche, elle peut tout à fait « constituer des provisions... afin de faire face aux risques liés aux conséquences des contentieux indemnitaires engagés à raison de ses fautes ».

1669. Mais, la capacité de la Commission à réaliser des provisions dans son budget qui dépend de contribution dont le montant est fixé par l'État explique qu'en dernier ressort « la responsabilité de l'État peut être mise en jeu, le cas échéant, à titre subsidiaire, par les victimes des fautes commises dans l'exécution de la mission de service public confiée à la CCAMIP en cas d'insolvabilité de celle-ci. Cette mise en jeu peut conduire soit à la condamnation de l'État dans le cadre d'un contentieux engagé contre lui, soit à l'attribution par l'État à la CCAMIP de ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité »⁴⁰⁸¹.

1670. On ne voit pas pourquoi ces règles ne s'appliqueraient pas aux autorités entrant dans notre champ d'étude.

Après avoir déterminé les personnes responsables, le juge compétent, il reste à examiner le régime de responsabilité applicable.

C — Le régime de responsabilité applicable : un régime de responsabilité pour faute lourde

Deux éléments doivent ici être précisés. Le régime de responsabilité applicable à l'exécution de la fonction contentieuse des autorités de régulation (1) et l'indifférence quant au juge compétent pour l'application de ce régime (2).

⁴⁰⁸⁰ V. Conseil d'État, Assemblée générale, Avis, n°371.558, 8 septembre 2005, in Rapport public 2006, E.D.C.E. n° 57, p. 211.

⁴⁰⁸¹ Cette solution est en harmonie avec d'autres solutions concernant la responsabilité de l'État en dernier ressort pour les fautes des établissements publics qui lui sont rattachés, ou pour une commune pour des faits imputables à un concessionnaire de service public (V. F. Sénars, Imputabilité du préjudice, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2008, n° 72 : Conseil d'État, 16 mai 1872, Ville de Meaux, Recueil Lebon p. 325 ; Conseil d'État, 1er juin 1921, Cie des chemins de fer de grande banlieue, Recueil Lebon p. 531 ; Conseil d'État, 7 mars 1934, Cie Le Phénix, Recueil Lebon p. 311 ; Conseil d'État, 18 juin 1958, Ville de Decazeville, Recueil Lebon p. 362 ; Conseil d'État, 10 février 1961, Ville de Béziers, Recueil Lebon p. 113 ; Conseil d'État, 19 novembre 1975, ministre de l'Équipement c. Eblinger, Recueil Lebon, tables p. 1257 ; Conseil d'État, 21 avril 1982, Mme Daunes et autres, Recueil Lebon, tables p. 745).

1671. Il est un principe bien établi que la responsabilité de la puissance publique – ou des autorités sectorielles elles-mêmes – dans l'exercice de leur activité de contrôle et de surveillance est une responsabilité pour faute lourde. Cette règle « semble valoir pour toutes les autorités administratives indépendantes »⁴⁰⁸².

1672. Le Conseil d'État a posé cette règle à propos des défunctes Commission bancaire et Commission de contrôle des assurances. Concernant la première, il juge que « la responsabilité que peut encourir l'État pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde »⁴⁰⁸³. Pour la seconde, il affirme aussi qu'« eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la commission de contrôle des assurances, cette responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde »⁴⁰⁸⁴. L'engagement de la responsabilité de l'État pour les activités de la Commission des opérations de bourse⁴⁰⁸⁵ ou de l'ancienne Commission de contrôle des banques⁴⁰⁸⁶ avait fait l'objet d'un traitement identique. Le Conseil d'État, ce faisant, est allé à l'encontre des différents arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris qui avait cru pouvoir faire une distinction entre les activités de contrôle, pour lesquelles une faute simple devait être retenue, et l'exercice du pouvoir de sanction, pour lequel une faute lourde était exigée⁴⁰⁸⁷. Cette distinction est récusée fermement par le juge administratif suprême et censurée pour erreur de droit.

1673. C'est bien la nature des pouvoirs qui justifie ces solutions et comme l'expliquent bien tant les arrêts que les conclusions du commissaire Seban, il s'agit en réalité de limiter la responsabilité de l'État afin de ne pas substituer la responsabilité de celui-ci à celle des

⁴⁰⁸² V. B. Delaunay, *La faute de l'Administration*, préc., pp. 221-222, n° 294, note 100.

⁴⁰⁸³ V. Conseil d'État, 30 novembre 2001, Kechichian, n° 219562, Recueil Lebon, p. 587, RFD adm. 2002. 742, concl. Seban, note F. Moderne, JCP 2002. II, n° 10042, note J.-J. Menuret. V. Ph. Terneyre, *Interventions économiques, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2006, n° 233 ; J.-F. Auby, *Contrôle administratif (Responsabilité à l'occasion de l'exercice du contrôle)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2010, n° 68.

⁴⁰⁸⁴ V. Conseil d'État, 18 février 2002, n° 214179, Groupe Norbert Dentressangle, JurisData n° 2002-064092.

⁴⁰⁸⁵ V. Conseil d'État, 22 juin 1984, Société Pierre et Cristal, Recueil Lebon tables p. 206 ; Cour administrative d'appel de Paris, 8 mars 2006, n° 02PA02296 : « en lui interdisant jusqu'à nouvel ordre l'exercice de telles fonctions, la Commission des opérations de bourse ne peut être regardée comme ayant commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État et à ouvrir droit à indemnité à l'intéressé ».

⁴⁰⁸⁶ V. Conseil d'État, Sect., 2 février 1960, Kampmann, Recueil Lebon, p. 107 : AJDA, 1960, p. 46, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert ; Conseil d'État, 28 juin 1963, Bapst, Recueil Lebon p. 411 : AJDA, 1963, p. 47, chron. M. Gentot et J. Fourré ; Conseil d'État, 13 juin 1964, D'André, Recueil Lebon p. 329 : RDP 1965, p. 65, note M. Waline ; Conseil d'État, 16 janvier 1966, Demoiselle de Waligorski et a., Recueil Lebon, p. 40.

⁴⁰⁸⁷ V. Cour administrative d'appel de Paris, 30 mars 1999, M. Loay El Shikh, n° 96PA04386, JurisData n° 2000-114995, Recueil Lebon, tables, p. 505, JCP 2000. II. 10276, concl. Heers, AJDA 1999. 883, chron. L. Benoît, J. Berthoud et alii : « Dans le cadre de la mission administrative de surveillance et de contrôle exercée en application de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 par la Commission bancaire et le Comité des établissements de crédit, la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée sur le fondement de la faute simple. En revanche, la responsabilité de l'État du fait de l'exercice, en vertu de la même loi, de la fonction disciplinaire à caractère juridictionnel par la Commission bancaire à l'encontre de ces établissements, est subordonnée à l'existence d'une faute lourde ». Cour administrative d'appel de Paris, 13 juillet 1999, Groupe Norbert Dentressangle, n° 96PA02356 : « La responsabilité de l'État, du fait de la mission de surveillance et de contrôle exercée par la Commission de contrôle des assurances peut être engagée sur le fondement d'une faute simple. En revanche, la responsabilité de l'État, du fait de la mission disciplinaire de caractère juridictionnel, exercée par cette commission ne peut être engagée que sur le fondement d'une faute lourde ».

établissements de crédit : « Le dommage est causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'est que subsidiaire et il ne faut pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre.... Si l'on admet trop aisément que puisse être recherchée la responsabilité du contrôleur, le risque est grand que, singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier ne soit absorbée par celle de l'État, dont la solvabilité est assurée »⁴⁰⁸⁸. Cette justification est reprise par le Conseil comme fondement de sa solution : « Considérant que la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants »⁴⁰⁸⁹. Pour Yves Gaudemet, il s'agit pour le juge « de ne pas confondre le contrôle et la gestion administrative, de laisser à l'auteur de l'acte une liberté suffisante que le contrôle ne doit pas entraver ; et de borner l'intervention du contrôleur à la périphérie de cette action »⁴⁰⁹⁰.

1674. Comme le résume Gabriel Eckert, « concrètement, la faute lourde est caractérisée lorsque l'intervention de l'autorité de régulation s'est avérée trop peu contraignante ou insuffisamment diligente au regard de la situation de l'opérateur économique et des risques qu'elle faisait courir à ses clients et cocontractants »⁴⁰⁹¹. Dans l'affaire Kechichian, le Conseil d'État formule deux reproches à l'encontre de la Commission bancaire, constitutifs d'une faute lourde.

1675. D'une part, « eu égard au caractère urgent que présentait, comme l'avait souligné le rapport d'inspection du 5 mai 1987, le rétablissement de la solvabilité » de la banque en question, la Commission bancaire « pouvait légitimement choisir de négocier avec les dirigeants une stratégie permettant le rétablissement de leur banque plutôt que d'engager sur le champ une procédure juridictionnelle », mais elle « aurait dû toutefois adresser à ces dirigeants des prescriptions plus fermes et assortir celles-ci de délais contraignants ». Ainsi, la Commission bancaire est certes libre du choix des moyens, mais elle doit toutefois, ayant connaissance du caractère sérieux de la situation, agir en conséquence et avec fermeté en faisant usage de son pouvoir de décision. Rien ne justifiant l'assouplissement des règles à cet égard, alors que la situation était particulièrement grave, la faute de la Commission est ici

⁴⁰⁸⁸ V. A. Seban, « La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire, Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et autres », RFDA 2002 p. 742.

⁴⁰⁸⁹ V. Conseil d'État, 30 novembre 2001, Kechichian, préc.. V. les critiques de : A. Rouyère, « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, n° 4 ; F. Moderne, « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier, Retour sur la jurisprudence Kechichian », in *Mélanges P. Amselek, Bruylant*, 2005, p. 593 et s..

⁴⁰⁹⁰ V. Y. Gaudemet, « La responsabilité de l'Administration du fait de ses activités de contrôle », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 566 suiv. ; B. Delaunay, *La faute de l'Administration*, préc. pp. 221 suiv.. Pour Benoît Delaunay la jurisprudence dans laquelle le juge administratif a abandonné la faute lourde, dans ce domaine, s'explique par le fait qu'en réalité l'activité administrative n'était pas limitée à une activité de surveillance et s'étendait à une activité de gestion, d'où le passage dans certains cas à la faute simple. Aussi, lorsque l'Administration reste dans un rôle de contrôleur l'exigence d'une faute lourde perdure (thèse préc., p. 223). F. Moderne se rallie aussi à cette explication : F. Moderne, « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier (Retour sur la jurisprudence Kéchichian) », in *Mélanges Paul Amselek, Bruylant*, 2005, pp. 593-614, spéc. p. 599 (V. les critiques du raisonnement pp. 606 suiv.).

⁴⁰⁹¹ V. G. Eckert, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 2, Mars 2009, étude 13, n° 16-20. V. aussi J.-P. Kovar, J. Lasserre Capdeville, « La responsabilité des autorités de régulation bancaire et financière : l'AMF et l'ACP », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2010, n° 53.

« patente » pour reprendre le terme du commissaire Seban et il s'agit bien d'une « faute lourde parce qu'elle est véritablement inexplicable ».

1676. D'autre part, le Conseil d'État reproche à la Commission son changement d'attitude et qu'elle ait, pour reprendre les termes du commissaire, « battu en retraite » alors qu'elle « aurait dû maintenir, en considération de la situation dans laquelle se trouvait la banque, les exigences qu'elle avait formulées ».

1677. Pour être constituée, la faute lourde est une erreur flagrante, qui « saute aux yeux »⁴⁰⁹².

1678. Comme le note encore Gabriel Eckert, la véritable spécificité de l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles réside dans l'exigence d'une faute lourde pour réparer les préjudices à raison d'une sanction illégale⁴⁰⁹³. Jacques Mourgeon note en effet que le juge administratif ne ménageait pas de traitement particulier à la répression administrative pour l'engagement de la responsabilité de l'État à raison de l'illégalité d'un acte individuel : « dans les conditions du droit commun, la responsabilité de la puissance publique fondée sur l'illégalité d'un acte administratif individuel ayant eu des conséquences dommageables, est constamment admise quand la sanction est un acte administratif »⁴⁰⁹⁴ et non un acte juridictionnel. Ainsi la sanction administrative ne bénéficiait pas d'une dérogation par rapport à la règle fixée définitivement dans l'arrêt Driancourt selon laquelle « toute illégalité est fautive »⁴⁰⁹⁵. Mais, comme l'explique Benoît Delaunay faute et responsabilité ne sont pas nécessairement liées, car toute faute n'engage pas forcément la responsabilité *ipso facto*, de l'Administration.

1679. Or, cette équation a été écartée expressément dans l'arrêt du 18 février 2002, Groupe Norbert Dentressangle. La Cour administrative d'appel avait fondé cette solution en qualifiant

⁴⁰⁹² Géraldine Chavrier conceptualise ainsi ce fondement de la faute lourde et donne par là-même son interprétation de l'arrêt Kéchichian : « En fait, il y a transfert de responsabilité parce que la compétence pour prendre telle décision finalement dommageable n'appartenait pas au contrôleur. Ce qui est en cause, c'est donc l'étendue de la mission : il y a faute lourde parce qu'il ne s'agit que d'une mission de contrôle général qui doit être dissuasive par le pouvoir de sanction que l'autorité est susceptible d'infliger, mais qui n'a pas pour vocation d'accorder une compétence propre à ces autorités s'agissant de la gestion du secteur. Le contrôle lui-même dans cette hypothèse est déjà une garantie mais il a été conçu pour n'être que cela : l'État prend en charge financièrement un contrôle qui n'existerait pas si, par exemple, le secteur privé était vertueux. Pourquoi, dans ce cas, exiger une deuxième garantie, pécuniaire celle-ci ? En revanche, évidemment, la commission d'une faute lourde sera reconnue lorsque l'autorité de contrôle avait reçu les moyens de connaître de façon certaine l'ampleur du dommage à venir et de le faire cesser : dossier d'experts ne laissant subsister aucun doute et compétence de suivi et de mise en demeure par exemple. Ce sont les jurisprudences Achard (CE sect. 24 janvier 1964, AJDA p. 158 chron. Fourré et Puybasset) et Kéchichian de 2001, qui constituent en fait une sorte de délit administratif de non-assistance à personne en péril financier dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de contrôle » (G. Chavrier, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », AJDA 2003 p. 1026). V. aussi Y. Gaudemet, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in Mélanges Waline, Dalloz, 2002, p. 571.

⁴⁰⁹³ V. G. Eckert, « La responsabilité administrative des autorités de régulation », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, étude 13, n° 21 suiv..

⁴⁰⁹⁴ V. J. Mourgeon, La répression administrative, préc., p. 519, n° 380 ; M. Deguergue, « Sanctions administratives et responsabilité », AJDA 2001 p. 81. Les limites de cette voie tiennent essentiellement lorsque la sanction est annulée pour illégalité externe car, comme le dit le Conseil d'État, « Si l'intervention d'une décision illégale peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité publique, elle ne saurait donner lieu à réparation si, dans le cas d'une procédure régulière, la même décision aurait pu légalement être prise » (Conseil d'État, 7 juin 2010, Bussière, n° 312909). V. aussi R. Chapus, Droit administratif général, préc., p. 1295 (« faute et illégalité »).

⁴⁰⁹⁵ V. Conseil d'État, Sect., 26 janvier 1973, Ville de Paris c. Driancourt, Recueil Lebon p. 78. V. B. Delaunay, La faute de l'Administration, préc., pp. 147 suiv..

la Commission de contrôle des assurances de juridiction administrative, mais cette qualification est rejetée⁴⁰⁹⁶ et c'est bien encore « la nature des pouvoirs » de l'autorité qui fonde la solution.

1680. Pour Franck Moderne, cette spécificité, et donc ce choix, s'expliquerait par le lien indissociable entre activité de contrôle et pouvoir de sanction. Le choix de la faute lourde dans un cas impliquait la même préférence dans l'autre, donnant son caractère distinctif au régime de responsabilité de la puissance publique pour ses activités de contrôle. Il existe néanmoins certains jugements de tribunal administratif, retenant la faute simple pour une sanction illégale de la Commission nationale de la communication et des libertés⁴⁰⁹⁷.

2 — *L'application des principes du droit administratif*

1681. Enfin, il faut juste mentionner que la répartition des compétences juridictionnelles est sans incidence sur l'application des règles de fond de la responsabilité. Il est en effet de jurisprudence constante que la juridiction judiciaire applique « les règles du droit public » lorsqu'elle est saisie de ces questions⁴⁰⁹⁸.

Conclusion du § 1

Dans ses conclusions sous l'arrêt Kéchichian, le commissaire Seban se livre à une analyse de droit comparé. Prenant le cas du Royaume-Uni, des États-Unis et de l'Allemagne, il conclut ses développements en affirmant que « comme on peut le constater, en dépit de la différence des traditions juridiques et administratives, les mêmes traits se retrouvent : l'existence d'une institution administrative chargée de la surveillance du système bancaire, une limitation draconienne des conditions dans lesquelles la responsabilité de cette institution peut être

⁴⁰⁹⁶ Cette qualification s'oppose, comme l'explique Gabriel Eckert, à la lettre des textes qui confie le recours contre les décisions de cette autorité au Conseil d'État, juge de plein contentieux. L'existence d'un recours de plein contentieux est incompatible avec le caractère juridictionnel d'une décision.

⁴⁰⁹⁷ Mais ce jugement est néanmoins antérieur à la solution Norbert Dentressangle. V. Tribunal administratif de Paris, 13 juin 1996, Société Ile de France Media, n° 9312920/7 : « Considérant que la société Ile de France Média

demande à l'État réparation du préjudice que lui a causé la décision en date du 6 mai 1988 par laquelle la commission nationale de la communication et des libertés lui a retiré l'autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore dont l'annulation a été prononcée le 13 février 1991 par le Conseil d'État au motif que la matérialité des faits sur lesquels reposait la sanction prise n'était pas établie ; que cette décision illégale est constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État ».

⁴⁰⁹⁸ V. la décision de principe de la Cour de cassation, civ., 23 novembre 1956, Trésor Public c. Giry, Bull. civ. II, 407 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 74 ; D. 1957.34, concl. Lemoine ; AJ 1957.II.91, chr. Fournier et Braibant ; JCP 1956.II.9681, note Esmein ; RD publ. 1958.298, note M. Waline. V. aussi Cour d'appel de Paris, 15 janvier 1993, M. Christian Derveloy, n° XP150193X, D. 1993. 273, note Cl. Ducouloux-Favard (« La responsabilité de l'État ne peut être engagée en raison du fonctionnement ou des activités de la COB qu'en cas de faute lourde ; spécialement, s'ils sont de nature à entacher de nullité la procédure de sanction antérieurement engagée, les termes du communiqué publié par la COB dans le cadre de la mission de protection de l'épargne qui lui incombe ne suffisent, ni en eux-mêmes, ni ajoutés au grief d'impartialité, à caractériser une faute lourde ») ; Cour d'appel de Paris, 6 avril 1994, D. 1994. 511 (« S'il n'est pas douteux que la COB ait voulu agir pour protéger les épargnants de placements dangereux, l'intention louable n'atténue pas la gravité de la faute commise en s'arrogeant un pouvoir qu'elle n'avait pas ; la faute ainsi commise est lourde et engage la responsabilité de l'État »).

engagée ». Sa solution se trouverait donc en harmonie avec le droit qui prévaut chez nos voisins. C'est ce qu'il faut précisément vérifier à présent.

§ 2 — La responsabilité des autorités sectorielles au Royaume-Uni : une responsabilité difficile à engager

1682. Il est frappant de constater à quel point le droit de la responsabilité a pu jouer un rôle important, de nature constitutionnelle, au Royaume-Uni, dans des arrêts comme le fameux *Entick v Carrington* et de constater à quel point il est mis de côté aujourd'hui dans le contrôle de la puissance publique, et singulièrement des autorités sectorielles. On verra que ce constat s'explique autant par les caractères (I) que par la mise en œuvre (II) de la responsabilité de la puissance publique au Royaume-Uni.

I — Les caractères différents de la responsabilité dans les deux pays

1683. Malgré la difficulté d'opérer toute généralisation du système du droit de la responsabilité de *common law*, en raison de la multitude des *torts* et des différences entre *common law* et *equity*, certaines propositions peuvent néanmoins être formulées. L'explication des différences profondes qui caractérisent l'engagement de la responsabilité de l'Administration en France au Royaume-Uni nécessite de comprendre d'abord la conception opposée de la faute (A), les fonctions différentes de la responsabilité (B).

A — La conception opposée de la faute

La faute n'est pas appréhendée de la même manière dans les deux pays. La responsabilité de *common law* est en effet fondée sur un système de délits nommés (2). Mais plus fondamentalement c'est la conception de la faute, absolue dans un cas, relative dans l'autre, qui oppose profondément les deux systèmes (1).

I — Une conception absolue contre une conception relative de la faute

1684. De nombreuses études expliquent les différences de régime d'engagement de la responsabilité publique par la distinction traditionnelle des systèmes juridiques qui connaissant un dualisme juridictionnel entre le droit public et le droit privé⁴⁰⁹⁹. En droit de la responsabilité aussi cette *summa divisio* semble l'alpha et l'oméga de l'ensemble des différences expliquant les variations de régimes. Cette explication nous semble trop simple et par ailleurs largement inexacte, car il existe des différences profondes, à l'intérieur même des systèmes continentaux, dans le droit de la responsabilité de la puissance publique. Cette explication ne nous semble pas rendre compte des différences profondes d'approche et surtout part du principe qu'il y aurait en matière de responsabilité deux mondes étanches ; alors que la pensée de la responsabilité publique, même si elle démarre en France avec une affirmation

⁴⁰⁹⁹ V. par ex. *Governmental Liability: A Comparative Study*, J. Bell, A. W. Bradley (ed.), préc., spéc. introduction, pp. 3 suiv. ; G. Samuels, « *Governmental Liability in Tort and the Public and Private Law Distinction* », (1988) 8 *Legal Studies*, 277.

d'autonomie, emprunte parfois aux modes de raisonnement, aux solutions du droit privé, comme d'ailleurs le droit privé a pu emprunter certaines solutions au droit public. Faut-il rappeler la conclusion de la thèse de René Chapus selon laquelle les régimes de la responsabilité publique et de la responsabilité privée ne se caractérisent pas par une « originalité foncière » et qu'il existe, au contraire, une unité de la « nature et du fondement » de ces responsabilités⁴¹⁰⁰ ?

1685. D'autres explications ont été avancées. Duncan Fairgrieve explique ainsi les différences de régimes entre les deux pays par des considérations tenant au souci des deniers publics, et au risque d'inhibition de l'action administrative si l'engagement de sa responsabilité était par trop facile⁴¹⁰¹. Mais, pour lui, l'essentiel de l'explication tient au fait que le droit de la responsabilité de *common law* est fondamentalement un droit privé, rétif à l'intégration de notion de droit public comme l'illégalité. On peut avancer aussi comme différence importante l'existence de fautes préétablies en *common law* : les faits doivent pouvoir constituer un des *torts* que la jurisprudence a reconnu.

1686. Mais les différences fondamentales entre les deux pays semblent en effet moins liées à l'absence de tradition de droit administratif qu'à la particularité du droit de la responsabilité de *common law* — ce qui lui donne d'ailleurs certains points communs avec le droit allemand — et qui fonde la responsabilité sur l'existence d'un droit subjectif, d'une protection spéciale de l'intérêt en cause. On avait d'ailleurs vu qu'en droit privé « pur » de *common law*, la mise en cause des opérateurs historiques des télécommunications sur le fondement du droit de la responsabilité achoppait sur l'absence de droit subjectif à compensation prévu par les textes. Il en est de même en droit de la responsabilité publique, pour le *tort* essentiel dans notre matière, le *tort* de *negligence* et surtout de *breach of statutory duty*.

1687. Comme on le montrera plus bas, la différence de régime s'explique par la réception de la théorie de la relativité aquilienne dans certains *tort* du droit anglais, théorie absente du droit français. La réception de cette théorie rapproche beaucoup plus le droit anglais du droit allemand par exemple et explique beaucoup mieux les différences de régimes entre la France et le Royaume-Uni que l'existence d'un dualisme juridictionnel. Selon cette théorie l'action en réparation doit être réservée à « ceux que la règle violée tend à protéger... On part en somme de l'idée que les règles de droit ont une finalité. Certaines règles tendent par exemple à la protection de l'État, d'autres à la protection de l'individu »⁴¹⁰². Jean Limpens a ainsi montré comment cette théorie est reçue en Allemagne, certainement sa terre d'élection, aux Pays-Bas, mais aussi en *common law*, « notamment dans les *torts* de « *breach of statutory*

⁴¹⁰⁰ V. R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, préc., p. 557. Gérard Cornu avait, quant à lui, conclu à l'existence d'un droit commun de la responsabilité, traversant le droit public et le droit privé de la responsabilité (Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, préc.). V. aussi la conclusion de Ch. Eisenmann, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques (La soumission de cette responsabilité à un droit "autonome" est-elle le principe ? », JCP 1949.I.742 et 751.

⁴¹⁰¹ V. D. Fairgrieve, State Liability in Tort, A comparative Law Study, préc., spéc. p. 57 ; M. Andenas, D. Fairgrieve, « Sufficiently Serious ? Judicial Restraint in Tortious Liability of Public Authorities and the European Influence », spéc. pp. 286 suiv., in English Public Law and the Common Law of Europe, M. Andenas (ed), Key Haven Publications Plc, 1998. Dans ce dernier article, les auteurs montrent que la procédure de droit privé est aussi un obstacle au développement du droit de la responsabilité administrative.

⁴¹⁰² V. J. Limpens, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », in Mélanges offerts à René Savatier, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Dalloz, 1965, pp. 559-581.

duty » et de « *negligence* » »⁴¹⁰³. Le même auteur constate bien, qu'en France, la théorie est inconnue⁴¹⁰⁴. Elle est aussi inconnue en droit de la responsabilité administrative. Le seul domaine dans lequel cette théorie était reçue, et même s'il existe un désaccord doctrinal sur la permanence de la règle, est la constitution de partie civile en droit pénal, car l'action civile en droit pénal, déclenchant l'action publique, devait répondre au même intérêt général que celui défendu par le ministère public⁴¹⁰⁵.

1688. On voit bien ici comment droit public et droit privé de la responsabilité obéissent dans chaque pays à des logiques homogènes. Comme l'écrit René Chapus pour le droit français : « En droit administratif comme en droit privé, la question est de savoir à quelles conditions et selon quelles modalités un dommage doit être réparé. Il est presque inévitable... que des influences réciproques s'exercent entre les deux ordres de juridictions »⁴¹⁰⁶. Les différences de régimes juridiques entre les deux pays s'expliquent ainsi davantage par les conceptions du droit de la responsabilité générale que par la spécificité du droit administratif français de la responsabilité, comme on le verra plus bas à propos du traitement de la responsabilité pour l'illégalité d'un acte administratif.

1689. Il est acquis en effet que traditionnellement le droit français de la responsabilité, fondé sur la notion de faute, comporte une forte connotation absolue, même si ceci a changé⁴¹⁰⁷ ; à la différence du droit allemand qui fonde la responsabilité civile sur l'atteinte à un droit⁴¹⁰⁸. Il semble que, de la même manière, le droit anglais comporte cet élément de relativité et de subjectivité, absent du droit français ; c'est d'ailleurs ce que note John Bell⁴¹⁰⁹. Le droit administratif de la responsabilité est aussi lié et organisé autour de la notion de faute, qu'elle soit présente ou absente⁴¹¹⁰. Mais, même lorsque la responsabilité de l'Administration est engagée sans faute, elle ne l'est pas en raison de la violation d'un droit subjectif, mais d'un préjudice lié à une activité administrative ; le juge n'ira pas rechercher le droit lésé, ni si le législateur a entendu protéger et conférer un droit à indemnisation. Ainsi à la question que se pose Roland Drago, « pourquoi l'État est-il responsable ? », celui-ci répond d'emblée que « Les indications historiques..., ainsi que les analyses de droit comparé, montrent que tout le

⁴¹⁰³ V. J. Limpens, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », préc. spéc. p. 567.

⁴¹⁰⁴ V. aussi sur ce point D.-M. Philippe, « La théorie de la relativité aquilienne », Mélanges Roger O. Dalcq : responsabilités et assurances, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de droit des obligations, Larcier, 1994, pp. 467-486. Cet auteur n'étudie pas les systèmes de *common law*. Il établit bien en revanche une différence entre les systèmes germaniques et la France et la Belgique, dans ces deux derniers pays, cette théorie n'est pas reçue.

⁴¹⁰⁵ Mais il s'agissait là d'un critère de recevabilité de l'action civile et non, comme en responsabilité civile pure, d'un critère de fond de mise en œuvre de la responsabilité civile.

⁴¹⁰⁶ V. R. Chapus, Droit administratif général, préc., tome 1, p. 1229 ; R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, préc. ; M. Deguergue, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, préc., spéc. p. 696 suiv..

⁴¹⁰⁷ V. G. Viney, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 3^e éd, Coll Traité de droit civil, 2008, p. 122, n° 56-2.

⁴¹⁰⁸ V. sur l'analyse du droit de la responsabilité allemand G. Viney, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 3^e éd, Coll Traité de droit civil, 2008, n° 56-2, p. 123.

⁴¹⁰⁹ V. J. Bell, « Le débat au Royaume-Uni », in Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique : colloque, Paris, 11 et 12 mai 1990, Centre d'études et de recherches sur l'administration publique, Economica, 1991, pp. 80-81

⁴¹¹⁰ V. par ex. J.-B. Auby, J. Moreau, Responsabilité – Définitions. Principes. Orientation, JurisClasseur Administratif, Fasc. 801.

régime est lié à la faute de l'agent public, même si, dans certains cas, des lois ont institué une responsabilité objective sans faute (travaux publics, accidents du travail) »⁴¹¹¹.

1690. Cette différence nous semble structurelle dans la comparaison des droits de la responsabilité des autorités administratives indépendantes dans les deux pays, et explique la difficulté à systématiser la jurisprudence anglaise, dont il faut d'emblée affirmer qu'elle est rare⁴¹¹².

1691. Le second point qui permet de rendre compte des différences d'approches est lié aux caractères de la responsabilité de *common law*, fondée sur des fautes prédéfinies.

⁴¹¹¹ V. R. Drago, Responsabilité (Principes généraux de la), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2004, spéc. n° 29. Il ajoute, pour résumer ses développements sur les différents fondements de la responsabilité : « Faute ou acte illicite de l'agent public, risque provenant des activités « dangereuses » de l'Administration, égalité devant les charges publiques, tels sont les fondements de la responsabilité administrative. Le système français peut être considéré comme ayant atteint très tôt un grand degré de perfection en raison de la généralisation du système de responsabilité (même pour les actes de souveraineté) et de la souplesse tenant aux virtualités d'évolution progressive de la jurisprudence puisqu'elle n'est enfermée dans aucun cadre législatif » (n° 40).

⁴¹¹² V. les études classiques de R. Rebhahn, « Public Liability in Comparison – England, France, Germany », *European Tort Law* 2005, *Tort and Insurance Law Yearbook*, Springer Vienna, 2006, pp. 68-93 ; A. P. Scarso, « Tortious Liability of Regulatory Authorities », *Tort and Insurance Law Yearbook*, 1, Vol. 2005, *European Tort Law* 2005, pp. 94-116 ; M. Poto, *Financial Supervision in a Comparative Perspective*, Intersentia, spéc. pp. 89 suiv. ; J. Bell, A. Bradley (eds.), *Governmental Liability: A comparative study*, London, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1991 ; B. Markesinis, J.-B. Auby, D. Coester-Waltjen, S. Deakin, *Tortious Liability of statutory bodies*, Oxford, Hart, 1999 ; D. Fairgrieve, M. Andenas, J. Bell (eds.), *Tort Liability of public Authorities in comparative perspective*, London, BIICL, 2002 ; D. Fairgrieve, *State Liability in Tort*, Oxford University Press, 2003 ; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol. 149, 2nd ed., 2001 ; M. Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law, An Anglo-German Comparison*, Springer, 2007, spéc. chap. 5 ; P. Meillier, Responsabilité extracontractuelle de l'administration en France et en Angleterre (étude comparative), Thèse dactyl., Lille 2, 1997 ; P. Athanassiou, *Financial Sector Supervisors' Accountability: A European Perspective*, 2011, ECB Legal Working Paper n° 12.

Pour les études de droit anglais : P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 957 suiv. ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 642 suiv. ; H. Street, *Governmental Liability*, Cambridge University Press, 1953, spéc. chap. 2 ; C. Harlow, *Compensation and Government Torts*, Sweet & Maxwell, 1982 ; S. Arrowsmith, *Civil Liability and Public Authorities*, Earls Gate Press, 1992 ; J. Wright, *Tort Law and Human Rights*, Hart, 2001 ; C. Harlow, *State Liability, Tort Law and Beyond*, Oxford University Press, 2004 ; T. Cornford, *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate, 2008 ; P. Craig, « Compensation in Public Law » (1980) 96 *Law Quarterly Review* 413 ; G. Ganz, « Compensation for Negligent Administrative Action » [1973] *Public Law* 84 ; C. Harlow, « Fault Liability in French and English Public Law » (1976) 39 *Modern Law Review* 516 ; P. Craig, « Negligence in the Exercise of a Statutory Power » (1978) 94 *Law Quarterly Review* 428 ; M. Bowman, S. Bailey, « Negligence in the Realms of Public Law - A Positive Obligation to Rescue » [1984] *Public Law* 277 ; T. Weir, « Governmental Liability » [1989] *Public Law* 40 ; M. Andenas, D. Fairgrieve, « Sufficiently Serious? Judicial Restraint in Tortious Liability of Public Authorities and the European Influence », in M. Andenas (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, 1998, spéc. chap. 14 ; S. Bailey, M. Bowman, « Public Authority Negligence Revisited » [2000] *Cambridge Law Journal* ; P. Craig, D. Fairgrieve, « Barrett, Negligence and Discretionary Powers » [1999] *Public Law* 626 ; D. Fairgrieve, « Pushing Back the Frontiers of Public Authority Liability » [2002] *Public Law* 288 ; T. Hickman, « The Reasonableness Principle: Re-assessing its Place in the Public Sphere » [2004] *Cambridge Law Journal* 166 ; R. Bagshaw, « Monetary Remedies in Public Law - Misdiagnosis and Misprescription » [2006] *L.S.* 4 ; B. Markesinis, J. Fedtke, « Damages for the Negligence of Statutory Bodies: The Empirical and Comparative Dimensions to an Unending Debate » [2007] *P.L.* 299 ; *Monetary Remedies in Public Law, A Discussion Paper*, Public Law Team, Law Commission, 11 October 2004 ; *The Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies And The Citizen*, London, The Stationery Office, n° 322.

2 — *La responsabilité de common law : un système de délits nommés mal adapté à l'accueil de la responsabilité administrative*

1692. L'autre aspect de la responsabilité du *common law* est la prédétermination des fautes, des *torts*, ce qui, en l'absence de système de droit administratif, rend l'intégration de la responsabilité publique à ce système problématique : « la mesure dans laquelle le droit de la responsabilité devrait servir à contraindre les autorités publiques à répondre de leur action lorsqu'ils entrent en relation avec les citoyens est problématique. Les autorités publiques ne bénéficient d'aucune immunité générale en responsabilité et ne sont pas soumises à un droit administratif séparé semblable au droit administratif français. Un requérant victime d'un accident infligé par une benne à ordures conduite négligemment par un employé d'un service de la commune, ou blessé lors d'une opération dans un hôpital géré par le NHS, ou même diffamé par un fonctionnaire du gouvernement, ce requérant bénéficiera dans chaque cas d'un remède identique à celui qu'il aurait obtenu si le défendeur avait été une personne privée. Une difficulté apparaît lorsque la conduite fautive s'inscrit dans le cadre des obligations publiques qu'une autorité publique doit mener et dans l'exercice des pouvoirs que la loi lui a conférés pour exécuter ces obligations... En général les requêtes pour violations d'un devoir légal échouent. En dépit du fait que les autorités municipales, les services des prisons ou d'autres personnes publiques ont reçu des pouvoirs expressément destinés à sauvegarder le bien-être de ceux qui sont sous leur protection, les tribunaux ont généralement jugé que le Parlement n'a pas, ce faisant, conféré aux victimes un droit privé à être indemnisé des défauts dans la mise en œuvre de ces devoirs imposés aux autorités en question. Les requêtes basées sur la négligence étaient en général rejetées au motif que les autorités publiques n'étaient redevables, envers le public, d'aucun devoir de surveillance « *duty of care* » »⁴¹¹³.

1693. Les deux fautes qui pourraient éventuellement concerner les autorités publiques sont donc la négligence, la violation d'un devoir légal, ainsi que l'« abus dans la conduite d'une fonction publique » (« *misfeasance in public office* »), fautes que nous examinerons successivement pour voir si elles peuvent engager la responsabilité d'une autorité sectorielle.

Mais auparavant il faut examiner les fonctions différentes que joue la responsabilité dans les deux pays.

⁴¹¹³ Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., spec. § 1-08. Traduction de : « The extent to which the law of torts does and should operate to hold public authorities accountable for their dealings with private citizens is problematic. Public authorities enjoy no general immunity in tort nor are they subject to any separate system of law akin to droit administratif in France. A claimant injured by a negligently driven dustcart operated by a local authority, or injured in a medical accident in a NHS hospital, or libelled by a government official enjoys a remedy identical to that he could pursue were the defendant a purely private person. The difficulty arises where the alleged tortious conduct arises out of a public authority's conduct of its public obligations and the exercise of the statutory powers enjoyed to fulfil those obligations. Should public authorities be liable in tort for poor government, be it inadequate education for local children, inept inspection of building works or inequitable distribution of healthcare resources? Claims for breach of statutory duty have generally failed. Albeit local councils, prison governors and other public bodies may have been granted powers expressly designed to safeguard the welfare of those in their care, the judges have held that Parliament had no intention that a private right to claim compensation should ensue from such duties imposed on the relevant authorities. Claims based in negligence used to be rejected on the ground that no duty of care could be owed unless the authority had acted *ultra vires* but in *Barrett v Enfield LBC* 33 the House of Lords expressed its preference for deciding such claims "by applying directly the common law concept of negligence rather than applying as a preliminary test the public law concept of *Wednesbury* unreasonableness to determine if the decision was outside the ambit of the discretion". However, the public service context remains an important factor in determining whether there has been a breach of duty ».

1694. Il découle de l'analyse de la faute que la fonction de la responsabilité n'est pas la même dans les deux pays. Comme l'a bien montré Anne Jacquemet-Gauché dans sa thèse sur la responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne, la responsabilité publique en France joue un rôle principal : celui de la réparation des préjudices. Cette fonction explique l'adoption d'un principe de réparation intégrale du préjudice en France ainsi que l'emprise croissante de la responsabilité sans faute⁴¹¹⁴.

1695. En regard, et même si la recherche est ici compliquée par la dichotomie entre le *common law* et l'*equity* ainsi que par la multiplicité des chefs de responsabilité, la doctrine anglaise met l'accent sur la protection des droits⁴¹¹⁵. Pour Tony Honoré la fonction du droit de la responsabilité de *common law* est de « définir et de préciser le contenu des droits des individus en leur donnant un mécanisme destiné à les protéger et à permettre leur indemnisation lorsque leurs droits sont atteints »⁴¹¹⁶. Certains auteurs affirment même que le rôle d'indemnisation du préjudice peut être secondaire dans le droit de la responsabilité, dont la fonction principale serait de protéger certains droits et intérêts⁴¹¹⁷. L'accent mis récemment sur le *tort de negligence* a tendu à mettre en avant la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, mais cette tendance ne doit pas, pour la doctrine, faire perdre de vue que la responsabilité a pour principale fonction la reconnaissance des droits⁴¹¹⁸. La doctrine met aussi en avant la fonction de protection des intérêts, ce qui ramène l'analyse au problème de la relativité aquilienne et de l'intérêt protégé qui permet de déterminer le champ de la responsabilité⁴¹¹⁹.

1696. Mais, comme le rappelle Carol Harlow, de nombreuses décisions de justice affirment aussi le caractère indemnitaire de la responsabilité⁴¹²⁰. Mais elle montre aussi toute l'importance du droit de la responsabilité comme outil de défense des droits.

L'ensemble de ces différences permet de rendre compte de la manière dont l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles est en Angleterre, spécifique et, à maints égards, plus difficile qu'en France.

⁴¹¹⁴ V. A. Jacquemet-Gauché, La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne : étude de droit comparé, Thèse dactyl., Université de Grenoble, 2010, spéc. pp. 388 suiv..

⁴¹¹⁵ Dans leur manuel général de responsabilité, Deakin, Johnston et Markesinis mettent ainsi en avant de multiples fonctions de la responsabilité : apaisement social, justice, punition, prévention et compensation. La compensation ou l'indemnisation serait pour ces auteurs, la fonctions principales du droit moderne de la responsabilité. De même la tendance vers l'abandon de la faute est une tendance marquante du droit anglais (Markesinis and Deakin's Tort Law, pp. 49-57).

⁴¹¹⁶ V. T. Honoré, « The Morality of Tort Law », in D. G. Owen (ed.), Philosophical Foundations of Tort Law O.U.P., 1995, p.75 : la fonction de la responsabilité serait de « to define and give content to people's rights by providing them with a mechanism for protecting them and securing compensation if their rights are infringed ».

⁴¹¹⁷ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., n° 1-11 suiv..

⁴¹¹⁸ V. N. Witzleb, R. Carroll, « The role of vindication in torts damages » (2009) 17 Tort. Law Review 16. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., n° 1-12.

⁴¹¹⁹ V. P. Cane, The anatomy of tort law, Oxford, Hart Pub., 1997, spéc. chap. 7. Il s'agit de ce que P. Cane appelle la fonction extrinsèque de la responsabilité.

⁴¹²⁰ V. C. Harlow, « A Punitive Role for Tort Law? », in Administrative Law in a Changing State: Essays in Honour of Mark Aronson, préc., spéc. p. 247.

II — L'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles

Nous nous intéresserons d'abord à la seule faute réellement publique, l'« abus dans la conduite d'une fonction publique », car elle a donné lieu à un litige concernant une autorité de surveillance (A), puis nous étudierons la faute de négligence (B) et enfin celle de l'illégalité de l'acte administratif (C). Il y a bien sûr d'autres *torts* qui peuvent s'appliquer aux autorités publiques, par exemple celui de *nuisance*⁴¹²¹, mais ils ne reçoivent pas d'application dans notre domaine.

A — L'abus d'une fonction publique

1697. Cette faute répond à des critères extrêmement infamants. L'agent public coupable d'une telle faute doit, bien sûr être un agent public et doit avoir commis une faute qui peut être constituée de deux manières : soit l'agent a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un préjudice à la personne concernée (on parle alors de malveillance ciblée ou « *targeted malice* ») ; soit l'agent a agi sans en avoir le pouvoir, sachant que cela aurait pour conséquence de causer un préjudice à la personne concernée (il s'agit alors du volet « illégalité » de la faute)⁴¹²². Dans les deux cas l'agent public doit avoir eu l'intention de nuire, mais dans le premier cas, il l'a fait dans l'exercice de ses pouvoirs alors que dans le second son action est, de surcroît, illégale. Les deux critères sont bien alternatifs.

1698. Cette faute délictuelle très ancienne — apparue à la fin du XVII^e siècle en raison de fraudes électorales⁴¹²³ — a connu, pour notre domaine, un regain d'intérêt dans le cadre d'un contentieux lié à la faillite de la Bank of Credit and Commerce International SA (« BCCI SA »)⁴¹²⁴. La loi avait en effet immunisé la Banque d'Angleterre de toute action en responsabilité sauf dans ce cas précis de faute. Cette affaire a permis à la Chambre des Lords de clarifier cette faute intentionnelle et elle présente aussi l'intérêt de ressembler à l'affaire Kéchichian, où la faute lourde de la Commission bancaire fut retenue. Dans cette affaire, six mille investisseurs perdirent leurs dépôts quand cette banque fit banqueroute de manière frauduleuse. Les requérants soutenaient que les agents supérieurs de la Banque d'Angleterre agissaient de mauvaise foi (« *bad faith* ») en accordant une autorisation à cette banque alors que cette autorisation était illégale, en fermant les yeux sur ce qu'il se passait dans cette banque après l'attribution de l'autorisation et, enfin, en n'ordonnant pas la fermeture de la banque quand les faits devinrent connus.

1699. Ce contentieux a permis à la Chambre des Lords de préciser davantage chaque critère. Le premier est constitué lorsque les pouvoirs légaux sont utilisés dans un but incorrect et dans l'intention de causer un dommage. On pourrait parler, pour utiliser des catégories françaises, d'un détournement de pouvoir dans l'intention de causer un dommage. Le second critère exige l'existence d'un excès de pouvoir, d'une illégalité et une intention spécifique de

⁴¹²¹ Cette faute est constituée lorsqu'une personne publique ou privée constitue une ingérence dans l'utilisation ou la jouissance d'une propriété (V. S. Arrowsmith, *Civil Liability and Public Authorities*, préc., pp. 210 suiv.).

⁴¹²² V. *Bourgoin SA v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* Court of Appeal (Civil Division), 29 July 1985 [1986] Q.B. 716. V. P. Craig, *Administrative Law* préc. p. 984.

⁴¹²³ V. *Ashby v White* (1703) 92 E.R. 126. V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., spec. chap. 14, sect. 4.

⁴¹²⁴ V. *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (n° 3) [2001] UKHL 16. V. C. Proctor, *Financial Regulators -- Risks And Liabilities*, Part 1, *Journal of International Banking and Financial Law* (2002) 1 JIBFL 15.

mauvaise foi pour commettre cette illégalité dans le but de causer un dommage. Dans ce cas, l'élément intentionnel peut être caractérisé de plusieurs manières, comme le fait de commettre sciemment une illégalité susceptible de causer un préjudice. De même, il est possible de prouver l'élément intentionnel si l'illégalité susceptible de causer un préjudice constitue une imprudence, l'agent public ayant délibérément choisi de ne pas prendre en compte le risque de dommage que son excès de pouvoir pouvait causer. De plus ce contentieux a permis d'affirmer que l'autorité publique pouvait être tenue pour responsable des actes de ses agents, dans le cas où l'action de ses agents était guidée par des directives erronées émanant de cette institution⁴¹²⁵.

1700. Les juges ont donc considéré alors que l'imprudence pouvait suffire à constituer la faute, mais qu'un élément subjectif supplémentaire était nécessaire. Pour Lord Steyn, reconnaître la responsabilité d'une personne ayant manifesté une indifférence imprudente quant à l'illégalité de son acte et à la probabilité de causer un préjudice est « une conséquence inhérente, qui cadre parfaitement avec la structure du droit de la responsabilité intentionnelle », car « la raison sous-jacente est solide : une indifférence imprudente quant aux conséquences est aussi condamnable que de poursuivre délibérément la survenue de ces conséquences ». Pour autant, cette faute ne peut être non intentionnelle, car elle requiert un élément de mauvaise foi dans l'exercice d'une fonction publique. Aussi, la victime doit-elle prouver que l'agent public agit avec un état d'esprit d'imprudente indifférence quant à l'illégalité de son acte et à ses conséquences⁴¹²⁶. Il faut aussi que l'agent en question sache pertinemment qu'il excède ses pouvoirs.

1701. Dans ce contentieux, semblable à l'affaire Kéchichian, on voit qu'il s'agit dans les deux cas d'un défaut de surveillance, mais, en France, les victimes n'ont pas à apporter la preuve de l'intention, particulièrement difficile à prouver dans le cas d'une administration comme la Banque d'Angleterre. L'issue était prévisible, on voit mal comment les victimes pouvaient prouver la faute alléguée. Mais l'infamie de cette faute poussa la Banque à demander au juge du fond un jugement l'exonérant clairement de ces allégations, ce qui coûta aux requérants pas moins de quatre-vingts millions de livres⁴¹²⁷.

⁴¹²⁵ V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 987-988. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., p. 759.

⁴¹²⁶ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., spec. § 14-104 : « Lord Steyn commented that to impose liability where the defendant had acted with reckless indifference to the illegality of his act and the probability of its causing injury, was “an organic development, which fits into the structure of our law governing intentional torts” and that “the policy underlying it is sound: reckless indifference to consequences is as blameworthy as deliberately seeking such consequences”. But he also said that the difficulty with a test of objective recklessness was that “it could not be squared with a meaningful requirement of bad faith in the exercise of public powers which is the *raison d'être* of the tort”. Hence, the claimant has to prove that the public officer acted with a state of mind of reckless indifference to the illegality of his act and its consequences ». V. C.J.S. Knight, « Constitutionality and Misfeasance in Public Office: Contorting the Tort? », *Judicial Review*, Volume 16, Number 1, March 2011, pp. 49-59(11), n° 3. V. M. Andenas, D. Fairgrieve, « To Supervise or To Compensate? A Comparative Study Of State Liability For Negligent Banking Supervision », pp. 335 suiv., in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), Kluwer Law International.

⁴¹²⁷ V. A. Zuckerman, « A colossal wreck - the BCCI - Three Rivers litigation », *Civil Justice Quarterly*, 2006, 25(Jul), 287-311. V. sur ce point F. Rossi, « Tort Liability of Financial Regulators: A Comparative Study of Italian and English Law in a European Context » (2003) 14 *European Business Law Review* pp. 643-671, spec. p. 671 : « Some authors have furthermore pointed out that the test of misfeasance in public office will lead the internal staff of the Bank of England to be subject to an intensive and unpleasant public examination. This may

1702. Cette faute est donc extrêmement difficile à prouver concernant l'activité de surveillance d'une autorité de régulation, et ses conséquences sur la réputation de l'institution administrative et de ses agents sont telles qu'un juge ne sera pas enclin à retenir une telle responsabilité légèrement. Qu'en est-il à présent de la faute de négligence ?

B — La négligence

1703. L'engagement de la responsabilité d'une personne publique dans l'exercice de ses fonctions publiques, sur le fondement de la négligence s'est développé à partir du XIX^e siècle⁴¹²⁸, et implique la reconnaissance, de la part des juges, et dans le chef de cette personne, d'un devoir de surveillance (« *duty of care* ») et une violation de ce devoir ainsi que, bien sûr, un préjudice et un lien de causalité.

1704. Or, la reconnaissance d'un tel devoir peut échouer pour plusieurs raisons, dont chaque a pour effet d'empêcher l'indemnisation des victimes sur ce fondement.

1705. D'abord, la Chambre des Lords a pu reconnaître que, dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, impliquant des décisions et des choix politiques, la requête est considérée comme n'étant pas justiciable et doit donc échouer⁴¹²⁹. Les tribunaux se sentent incapables de juger de questions de nature politique qu'ils tiennent pour « inappropriées à toute résolution juridictionnelle, et dont des exemples notoires sont les décisions discrétionnaires concernant l'allocation de ressources rares ou la distribution de risques »⁴¹³⁰. Le juriste français parlerait plus volontiers en réalité de décisions administratives que politiques, mais c'est le mot employé et l'on a vu à quel point cette notion est, en droit administratif anglais, importante. Elle irrigue aussi le droit de la responsabilité. Limite à l'exercice du contrôle de légalité, elle est aussi une borne à l'engagement de la responsabilité. En revanche, lorsque ces décisions ne sont plus « politiques », mais « opérationnelles », alors les juges peuvent être plus enclins à intervenir. Ces décisions opérationnelles ont été décrites comme étant la mise en œuvre des premières (les décisions politiques)⁴¹³¹.

1706. Mais, en général, les cas qui ont été jugés sous cet angle sont des affaires concernant les services publics de l'éducation, de la prise en charge des enfants en difficulté et même de la

affect both the reputation and honor of the Bank itself and lead to a loss of market confidence ». De nombreux arguments plaident donc en défaveur de l'utilisation de ce *tort*.

⁴¹²⁸ V. *Mersey Docks and Harbour Board Trustees v Gibbs* (1866) 11 H.L. Cas. 686.

⁴¹²⁹ V. *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 A.C. 633 : « if the decisions complained of fall within the ambit of a statutory discretion they cannot be actionable in common law. If the decision complained of is so unreasonable that it falls outside the ambit of the discretion conferred, there is no a priori reason for excluding all common law liability. However, if the factors relevant to the exercise of the discretion include matters of policy, the court cannot adjudicate on such policy matters and accordingly a common law duty of care in relation to the taking of decisions involving policy matters cannot exist ».

⁴¹³⁰ V. *Rowling v Takaro Properties Ltd* [1988] A.C. 473 : « unsuitable for judicial resolution, of which notable examples are discretionary decisions on the allocation of scarce resources or the distribution of risks ».

⁴¹³¹ V. Canadian Supreme Court, *Brown v British Columbia* (1994) D.L.R. (4th) 1 : « True policy decisions involve social, political and economic factors. In such decisions, the authority attempts to strike a balance between efficiency and thrift, in the context of planning and predetermining the boundaries of its undertakings and their actual performance. True policy decisions will usually be dictated by financial, economic, social and political factors or constraints. The operational area is concerned with the practical implementation of the formulated policies; it mainly covers the performance or carrying out of a policy. Operational decisions will usually be made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness. »

police. L'absence de devoir permet au juge de rejeter les demandes qu'ils estiment infondées afin de ne pas paralyser l'action administrative de réclamations dénuées de mérite. Car, en effet, la question de politique est aussi fondée, pour les juges, sur une question d'équité : il ne serait pas équitable que l'Administration doive répondre de l'ensemble de ces demandes.

1707. Pour les domaines qui nous occupent, dans certains cas, la proximité entre l'Administration et les personnes surveillées a permis aux juges de reconnaître l'existence d'un devoir. Lorsqu'une autorité de régulation détient un contrôle suffisant sur une activité dans le but de protéger le groupe de personnes auquel le demandeur appartient, les juges ont pu reconnaître une proximité suffisante de nature à faire naître un devoir de surveillance de l'Administration et donc un droit à être indemnisé⁴¹³². Mais là encore, la jurisprudence reste divisée.

1708. Dans le domaine financier, un jugement du Privy Council, devait trancher la question de la responsabilité de l'autorité de supervision dans la faillite d'une banque. Lord Keith jugea que « l'autorité de régulation avait un devoir, dans l'intérêt public, de contrôler les entreprises, mais qu'elle n'avait aucune responsabilité vis-à-vis des membres du public »⁴¹³³. Plusieurs facteurs firent pencher la balance dans ce sens : d'une part, l'autorité administrative devait, dans l'exercice de ses pouvoirs, réaliser un compromis entre les intérêts divergents de plusieurs groupes et non d'un seul et, d'autre part, l'autorité administrative n'avait pas un contrôle sur l'activité quotidienne de cette banque, l'agrément qu'il accordait ne pouvait en aucun cas être assimilé à une garantie de la solidité de cette société.

1709. Dans le domaine de la sécurité aérienne en revanche, les juges ont pu considérer que l'autorité responsable du contrôle des avions avait un devoir vis-à-vis des personnes victimes d'une catastrophe aérienne. La proximité résulta, pour Lord Hobhouse, du fait que le défendeur était responsable pour une situation qui, en cas de danger, était susceptible de blesser le demandeur⁴¹³⁴. Dans ce cas, le devoir de l'autorité administrative était clairement voué à la défense de la sécurité des passagers et l'indemnisation pouvait être accordée.

1710. Les juges ont encore bâti une barrière à l'engagement de la responsabilité de l'Administration en jugeant que le simple fait qu'un service public ait une obligation et des pouvoirs que lui confère la loi n'est pas en soi suffisant pour faire naître un devoir de surveillance⁴¹³⁵. Les lois accordant de tels pouvoirs et de tels devoirs ne peuvent être interprétées comme faisant naître un devoir susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration. La seule exception à cette jurisprudence est l'hypothèse selon laquelle les pouvoirs que le Parlement a conférés impliquent nécessairement un tel devoir ; l'abstention d'exercer ces pouvoirs serait irrationnelle et génère un devoir en *common law*⁴¹³⁶.

⁴¹³² V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., préc., n° 14-42.

⁴¹³³ V. Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong [1988] A.C. 175 : « placed a duty on the (regulator) to supervise companies in the general public interest, but no special responsibility towards individual members of the public ».

⁴¹³⁴ V. Perrett v Collins [1999] P.N.L.R. 77. Le jugement faisant autorité dans cette ligne est : Home Office v Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C. 1004. Dans ce jugement, une prison avait laissé s'échapper des délinquants mineurs qui avaient par la suite saccagé le yacht d'un plaisancier. La Chambre des Lords considéra que le devoir de surveillance ainsi que la proximité suffisante rendaient l'autorité administrative comptable d'un devoir envers les victimes.

⁴¹³⁵ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., n° 14-45. V. Stovin v Wise [1996] A.C. 923 ; Gorrington v Calderdale MBC [2004] UKHL 15.

⁴¹³⁶ V. Stovin v Wise [1996] A.C. 923 : « The minimum preconditions for basing a duty of care upon the existence of a statutory power, if it can be done at all, are, first, that it would in the circumstances have been

1711. On voit que les autorités sectorielles n'ont aucun risque de voir leur responsabilité engagée sur le fondement de cette jurisprudence. Les textes législatifs n'établissent aucun devoir de vigilance et, même si une proximité existe qui pourrait faire naître un tel devoir, l'hypothèse juridique rejoindrait celle de la jurisprudence relative aux autorités financières. Les autorités sectorielles n'ont pas un devoir identifié précisément envers une catégorie du public, elles doivent concilier les intérêts contradictoires des entreprises du secteur, des concurrents potentiels, du public, dans l'intérêt général. L'intérêt général qui sous-tend l'action de ces autorités constitue une puissante barrière contre la reconnaissance de la responsabilité en *common law*.

1712. Il faut pour finir examiner une dernière hypothèse, celle de l'engagement de la responsabilité sur le fondement de l'illégalité de l'acte administratif, hypothèse qui connaît désormais un regain d'intérêt en raison du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

C — Responsabilité et illégalité d'un acte administratif

Après avoir étudié le principe selon lequel, en *common law*, l'illégalité d'un acte administratif n'est pas une faute (1), il faudra étudier séparément les hypothèses d'engagement de la responsabilité issues de la loi sur les droits de l'homme (2) et du droit de l'Union européenne (3).

1 — Le principe en common law

1713. Comme on l'a montré plus haut, l'illégalité d'un acte administratif, comme la violation d'un devoir légal, ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Administration⁴¹³⁷. L'arrêt de principe, *X (Minors) v Bedfordshire County Council*, établit une frontière étanche entre le droit public et l'éventuelle illégalité d'une action et le droit privé de la responsabilité. Lord Browne-Wilkinson rejette ainsi tout rôle pour l'excès de pouvoir dans le droit de la responsabilité, estimant qu'il « n'était ni utile ni nécessaire d'introduire des concepts de droit public comme la validité d'une décision pour résoudre la question de la responsabilité » de la puissance publique pour négligence.

1714. Comment comprendre le fondement de ce principe ? L'étude de ce point est d'un intérêt crucial, car il irrigue droit public et droit privé, en France et au Royaume-Uni, où les solutions sont assez homogènes. On a déjà vu en effet qu'en droit privé les solutions sont identiques. Le fait pour des entreprises de ne pas ouvrir leur réseau et de ne pas donner accès conformément aux vœux du législateur n'a pas été jugé, en soi, suffisant, pour engager la responsabilité de

irrational not to have exercised the power, so that there was in effect a public law duty to act, and secondly, that there are exceptional grounds for holding that the policy of the statute requires compensation to be paid to persons who suffer loss because the power was not exercised ». V. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 977, n° 29-023.

⁴¹³⁷ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 663 ; Law Commission, *Monetary Remedies in Public Law*, n° 2.22. V. *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633, spec. p. 730: « It is important to distinguish such actions to recover damages, based on a private law cause of action, from actions in public law to enforce the due performance of statutory duties, now brought by way of judicial review. The breach of a public law right by itself gives rise to no claim for damages. A claim for damages must be based on a private law cause of action ».

l'opérateur historique. Or, en France, il est constant qu'une faute est constituée par un manquement à la loi ou aux règlements. D'ailleurs, dans les secteurs étudiés, les acteurs se servent du pouvoir de sanction de l'autorité administrative, vont d'abord chercher à faire sanctionner administrativement un manquement, afin d'aller ensuite devant le tribunal de commerce pour se faire indemniser, la preuve de la faute étant constituée par le manquement administratif.

1715. Le fondement de ce principe est certainement le caractère absolu de la conception de la faute du droit de la responsabilité française, public ou privé, et relatif du droit de la responsabilité anglaise. Que faut-il entendre ici par absolu ou relatif ? La responsabilité est engagée en *common law* lorsqu'un droit subjectif sous la forme d'un intérêt protégé est atteint, le juge doit être convaincu, à la lecture de la loi, que le Parlement a eu l'intention de protéger un groupe déterminé de personnes et qu'il leur a conféré un droit d'action pour la violation de la loi⁴¹³⁸. Le droit de la responsabilité anglaise est ainsi décrit par la doctrine comme un moyen d'affirmation et de défense des droits⁴¹³⁹.

1716. Il s'agit en réalité de l'application de la théorie de la relativité aquilienne, qui existe en droit allemand et anglais et que récuse le droit français de la responsabilité. Geneviève Viney et Patrice Jourdain définissent ainsi cette théorie : « C'est à l'étranger, surtout en Allemagne, que la doctrine a proposé une conception « relative » de la faute qui a ensuite exercé une grande influence dans de nombreux pays. Cette conception procède de l'idée que le manquement à une règle de conduite ne serait « fautif » (et par conséquent générateur de responsabilité) qu'à l'égard des personnes que cette règle a pour objet de protéger et dans la mesure où elle engendre un dommage contre lequel elle a pour but de prémunir la victime »⁴¹⁴⁰. Cette description s'applique parfaitement à la conception anglaise de la responsabilité. Même si, dans certains domaines de la responsabilité civile française, cette théorie semble gagner du terrain, elle reste limitée.

1717. Néanmoins, l'irruption des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne est venue clarifier la situation. Même si, on le voit, la loi sur les droits de l'homme crée bien un droit à indemnisation en cas de violation de ces droits. Il n'est pas assuré que, sans cette disposition, les juges auraient été enclins à indemniser ces violations.

2 — L'illégalité qui procède d'une violation des droits de l'homme

1718. La loi de 1998 sur les droits de l'homme introduit néanmoins un changement dans l'état du droit de la responsabilité publique. La loi confère aux citoyens dont les droits ont été violés un droit à être indemnisé⁴¹⁴¹. Néanmoins, les tribunaux ont clairement séparé le droit de la responsabilité de *common law* de ces nouvelles dispositions, la Chambre des Lords estimant même que cette sanction ne pouvait être assimilée à un *tort*⁴¹⁴², qu'il s'agissait d'un chef autonome de responsabilité qui ne pouvait influencer le droit commun de la responsabilité.

⁴¹³⁸ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., spéc. 9-06.

⁴¹³⁹ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., spéc. 1-12.

⁴¹⁴⁰ V. G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J., Coll. Traité, 3^e éd., 2006, n° 441.

⁴¹⁴¹ V. Human Rights Act, article 8(2) suiv..

⁴¹⁴² V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., n° 14-64.

1719. La loi sur les droits de l'homme confère un droit à être indemnisé lorsqu'un acte est illégal à raison de la violation d'un droit reconnu par la Convention. L'article 8 (1) de la loi permet aux tribunaux d'accorder notamment des dommages et intérêts lorsqu'un acte est illégal au sens de l'article 6 de cette même loi. Or, l'article 6 définit strictement l'illégalité : il doit s'agir d'une violation des droits de l'homme, reconnus par la Convention. C'est donc, à la lecture de la loi, la violation directe des droits de l'homme qui entraîne l'illégalité et le droit à être indemnisé. On ne peut donc en déduire que toute illégalité qui constituerait une violation des droits de l'homme engage la responsabilité de l'Administration. Pourtant, c'est ainsi que la jurisprudence semble se développer.

1720. Par exemple, dans un domaine concernant Ofgem, le constat d'illégalité était indépendant de la violation des droits de l'homme et a permis l'indemnisation des victimes. Il s'agissait d'une société qui demandait à Ofgem de reconnaître que l'extraction de gaz qui était son activité, pouvait bénéficier de certificats d'énergie renouvelable. Ofgem, autorité responsable pour l'attribution de ces certificats, estima que cette société ne répondait pas aux critères nécessaires pour satisfaire cette demande. Une fois la décision d'Ofgem déclarée illégale, mais uniquement sur le fondement des textes applicables⁴¹⁴³, il s'agissait donc de savoir comment compenser le préjudice subi. Il est constant qu'en droit interne le demandeur n'aurait eu aucun droit à être indemnisé. La lecture de l'article 8 de la loi sur les droits de l'homme excluait, nous semble-t-il, l'indemnisation de ce fait. Mais le juge a estimé que l'illégalité a entraîné une violation du droit à la protection de la propriété. Le juge a justifié sa décision au motif « qu'ayant conclu que la décision de l'Autorité du 30 mars 2011 était illégale et que la conséquence de cette décision fut de priver les requérants d'un bénéfice financier auquel ils avaient légalement droit, il suit de là, d'après moi, qu'il y a eu une violation de l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme »⁴¹⁴⁴. Le fondement de la décision est que les demandeurs étaient bénéficiaires d'un droit conféré par la loi. Ils obtinrent donc l'indemnisation complète de leur préjudice. On voit qu'ici les juges utilisent la loi sur les droits de l'homme pour combler un manque du droit.

1721. Toutefois, dans les autres affaires où la responsabilité de la puissance publique a été engagée pour violation des droits de l'homme c'est bien la violation elle-même qui devait entraîner le droit à indemnisation. Il a pu s'agir du devoir de la police de protéger le droit à la vie reconnu par l'article 2 ou de prévenir les actes de torture⁴¹⁴⁵.

⁴¹⁴³ *Infinis Plc v. Infinis (Re-Gen) Ltd, R (on the application of) v Gas & Electricity Markets Authority & Anor* [2011] EWHC 1873 (Admin) (10 August 2011), spec. § 84 et § 95 : « I conclude therefore that the Authority's decision of 30 March 2010 was taken on an erroneous understanding of the relevant statutory provisions and was thus an unlawful decision ».

⁴¹⁴⁴ *V. Infinis Plc v. Infinis (Re-Gen) Ltd, R (on the application of) v Gas & Electricity Markets Authority & Anor* [2011] EWHC 1873 (Admin) (10 August 2011), spec. § 103 : « Because, for the reasons I have given, I have concluded that the Authority's decision of 30 March 2010 was an unlawful decision and its consequence was to deny the claimants a pecuniary benefit to which they were statutorily entitled, it follows, in my judgment, that there has been a breach of the claimants' right to property under article 1 of the First Protocol of the European Convention on Human Rights ».

⁴¹⁴⁵ V. Clerk & Lindsell on Torts 20th Ed., n° 14-69 à 14-96. V. « Damages and Human Rights » [2004] *New Zealand Law Review*, pp. 429-450.

1722. Le droit de l'Union européenne a aussi pu être invoqué comme source de responsabilité, mais, en général, les juges ont été assez réticents à reconnaître un droit à indemniser les conséquences néfastes d'un acte interne illégal au regard du droit de l'Union européenne⁴¹⁴⁶. De même, notent Wade et Forsyth, les juges ont pu parfois résoudre la question en utilisant les principes du droit interne et non ceux du droit de l'Union européenne, comme dans l'arrêt *Bourgoin*⁴¹⁴⁷. Toutefois, la doctrine est encore incertaine sur la manière dont les juges approcheront cette question à l'avenir, qui n'a pas été encore tranchée définitivement⁴¹⁴⁸.

Conclusion du § 2

Les deux pays ont une conception du droit de la responsabilité qui rejaillit nécessairement sur la manière dont l'engagement de la responsabilité de la puissance est mis en œuvre. À la conception absolue, au double sens que la violation d'un droit subjectif n'est pas nécessaire à l'engagement de la responsabilité et au sens où l'intention de l'Administration et de ses agents n'a pas à être démontrée, s'oppose une conception nettement relative et subjective d'un droit de la responsabilité qui n'est pas fait pour contrôler la puissance publique. Il ressort bien de ces analyses que le droit de la responsabilité anglais, qui refuse de fonder la responsabilité sur l'illégalité ne peut jouer qu'un rôle restreint pour contrôler l'Administration et particulièrement les autorités sectorielles.

Conclusion du Chapitre I

Il est tout de même piquant de relire les propos de Dicey à la vue du rôle que joue le droit de la responsabilité lorsque l'Administration est en cause, puisque le grand argument de ce juriste contre le droit administratif était précisément le caractère exorbitant du droit de la responsabilité.

Dicey écrit en effet : « Le ministre ou le serviteur de la Couronne qui, par là même, prennent part à l'expression de la volonté royale sont responsables juridiquement pour les actes qui les concernent... Si l'on suppose que l'acte fait est illégal, le ministre concerné devient sur-le-champ responsable pénalement et civilement devant un tribunal... Le point qui ne doit jamais être oublié est celui-ci : est une loi fermement établie que la Couronne ne peut agir que par l'intermédiaire de ses ministres et en suivant les formes qui imposent la coopération d'un ministre, d'un secrétaire d'État ou du Lord Chancellor, qui devient par là même moralement, mais aussi juridiquement responsables de la légalité des actes auxquels il prend part... Derrière le principe de responsabilité parlementaire gît celui de responsabilité juridique »⁴¹⁴⁹.

⁴¹⁴⁶ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 666 suiv. ; P. P. Craig, « Once more unto the breach: the Community, the State and damages liability », *Law Quarterly Review*, 1997, 113(Jan), 67-94. V. R. Carnwath, « The Thornton heresy exposed: financial remedies for breach of public duties », *Public Law* 1998, Aut, pp. 407-422.

⁴¹⁴⁷ *V. Bourgoin v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [1986] Q.B. 716.

⁴¹⁴⁸ V. P. P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 1011 ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 667.

⁴¹⁴⁹ V. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (6th ed.) 327 (1902), pp. 320-321. Traduction de : « The Minister or servant of the Crown who thus takes part in giving expression to the Royal

On voit donc que la responsabilité juridique d'un agent public pour un acte illégal est au fondement, pour Dicey, du *rule of law*. Cependant, l'état du droit ne se conforme pas aux vœux de l'auteur.

L'argument de Dicey tenait à l'inégalité entre responsabilité publique et responsabilité privée. Cependant, force est de constater que l'élaboration d'un droit spécial a permis de trouver des solutions favorables aux victimes en droit administratif, notamment par la disparition de la faute lourde, ce qui, à cet égard, distingue le régime de responsabilité des autorités sectorielles, et davantage encore en ce qui concerne la responsabilité des autorités administratives indépendantes pour l'illégalité d'une sanction administrative.

Le point central que les *common lawyers* mettent en avant est le rôle premier que doit jouer le Parlement dans le contrôle de l'Administration, ce rôle justifie la position de retrait des juges. Il faut à présent analyser comment les différents Parlements abordent la question de la fonction contentieuse des autorités sectorielles.

will is legally responsible for the act in which he is concerned, and he cannot get rid of his liability by 'pleading that he acted in obedience to royal orders. Now supposing that the act done is illegal, the Minister concerned in it becomes at once liable to criminal or civil proceedings in a Court of Law.... The point however which should never be forgotten is this: it is now well-established law that the Crown can act only through Ministers and according to certain prescribed forms which absolutely require the cooperation of some Minister, such as a Secretary of State or the Lord Chancellor, who thereby becomes not only morally but legally responsible for the legality of the act in which he takes part. Hence, indirectly but surely, the action of every servant of the Crown, and therefore in effect of the Crown itself, is brought under the supremacy of the law of the land. Behind Parliamentary responsibility lies legal liability, and the acts of Ministers no less than the acts of subordinate officials are made subject to the rule of law ».

CHAPITRE II — LA RESPONSABILITÉ DEVANT LE PARLEMENT

L'étude du contrôle du Parlement doit coupler une analyse *ex ante* – que l'on a déjà abordée – et *ex post* – qu'il s'agit à présent d'étudier. On a vu à quel point le législateur français était sensible, certainement tenu qu'il est d'épuiser sa compétence dans la protection des droits et libertés fondamentaux, par le fait d'encadrer l'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles de garanties importantes.

Ce souci se retrouve *ex post*. Cependant, force est de constater que l'attention doctrinale en France quant au contrôle démocratique de la régulation est des plus limitées, à la différence de la doctrine anglaise, très consciente de ce problème. C'est d'ailleurs le constat que formulait Martine Lombard. Elle constatait ainsi que l'évolution vers l'attribution de davantage d'indépendance aux autorités sectorielles « est connue, mais soulève pourtant des questions quant aux rapports entre régulation économique et démocratie politique. Or, s'il a été beaucoup écrit à ce sujet par les juristes américains, elles ont été un peu délaissées dans le champ du droit économique en France »⁴¹⁵⁰. C'est aussi le constat de Jean-Pierre Duprat, pour lequel « la France a sans nul doute à apprendre des pays anglo-saxons, confrontés à cette problématique depuis plus longtemps. La question de la légitimité politique de la régulation des régulateurs, et notamment de l'implication du Parlement, apparaît à cet égard cruciale »⁴¹⁵¹.

Mais la fonction contentieuse se distingue à cet égard de la problématique du contrôle parlementaire des autorités sectorielles. Il ne fait guère de doute que les autorités administratives indépendantes ne sauraient être indépendantes au point de n'avoir plus de comptes à rendre ; cette conception menacerait gravement l'État de droit et le principe démocratique. Cependant, la problématique se pose dans des termes différents en matière contentieuse. Il peut apparaître peu souhaitable que le législateur interfère dans des affaires en cours devant les autorités sectorielles, son intervention pourrait passer pour inconstitutionnelle en France, et inconventionnelle, de toute façon⁴¹⁵².

Aussi, est-on face ici à un paradoxe. Alors que le contrôle démocratique de l'Administration est un élément constitutionnel capital du système anglais et alors même qu'il justifie un contrôle restreint du juge, le Parlement anglais est indifférent à ce pouvoir.

*

Section 1 – Le modèle anglais : un contrôle démocratique capital, mais indifférent à la fonction contentieuse des autorités sectorielles

Section 2 – Le modèle français : un Parlement très soucieux de l'encadrement de ce pouvoir.

⁴¹⁵⁰ V. M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA, 2005, p. 530.

⁴¹⁵¹ V. J.-P. Duprat, « La soumission des régulateurs à régulation », AJDA, 2006, p. 1203.

⁴¹⁵² La jurisprudence européenne comme constitutionnelle ne s'intéresse qu'à la question de l'ingérence du législateur dans les procédures juridictionnelles. Mais, au niveau européen, c'est sous l'angle de l'article 6 que cette ingérence est contrôlée. Or, cet article s'applique aussi aux procédures administratives (V. l'analyse de F. Sudre, Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, préc., n° 98).

Section 1 — *Le modèle anglais : un contrôle démocratique capital, mais indifférent à la fonction contentieuse des autorités sectorielles*

Il faudra d'abord brièvement montrer le rôle capital du contrôle démocratique dans le système constitutionnel anglais (§1) avant de manifester l'intérêt uniquement financier du Parlement dans la fonction contentieuse des autorités sectorielles (§2) et le rôle du Parliamentary Ombudsman dans les secteurs étudiés (§3).

*

§1 – Le rôle capital du contrôle démocratique

§2 – Le contrôle limité dans les faits

§3 – Un contrôle renforcé par l'action de l'ombudsman

*

§ 1 — Le rôle capital du contrôle démocratique

Ce rôle capital se manifeste d'abord par la notion de responsabilité ministérielle (« *ministerial accountability* ») (I) et ensuite par sa portée sur les pouvoirs du juge (II).

I — La responsabilité ministérielle

1723. La responsabilité ministérielle est un élément central du système anglais de constitution non écrite. Arrivé au terme de son étude du « grand XVIII^e siècle », Denis Baranger conclut que « l'imprégnation presque universelle de l'exigence de responsabilité dans toutes les provinces de la vie publique a conduit à la généralisation de formes éthico-primitives inédites,... Ces formes ont été soit dépassées, soit fédérées par le développement de la responsabilité ministérielle ». Comme l'explique Denis Baranger la responsabilité ministérielle consacre l'avènement d'un « paradigme de la confiance » qui entraîne un dépérissement des formes juridictionnelles vers une « relation politique plus directe »⁴¹⁵³ qui met le Parlement au centre du contrôle du gouvernement.

1724. Le Parlement est en effet l'élément central du système de responsabilité ministérielle au Royaume-Uni. Mais, avec l'expansion du gouvernement, au XIX^e et surtout au XX^e siècle, ce

⁴¹⁵³ V. D. Baranger, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Presses universitaires de France, Coll. Léviathan, 1999, spéc. pp. 381-382 suiv..

principe fut mis à rude épreuve⁴¹⁵⁴. Le ministre pouvait-il être tenu pour responsable devant le Parlement pour l'ensemble des actes de ses subordonnés ? Bradley et Ewing s'interrogent ainsi pour savoir jusqu'à quel point les ministres sont responsables des actes de mauvaise administration commis dans leurs services et si ces actes emportent systématiquement une obligation de démissionner. Certaines affaires, comme celle de Crichton Down, ont de fait entraîné la démission du ministre⁴¹⁵⁵. Différents principes ont été avancés au moment de cette affaire, et il résulte de la pratique qu'il n'y a pas, dans les faits, d'obligation de démissionner à la charge d'un ministre pour les faits commis par ses services, même si, dans l'affaire en question Sir David Maxwell-Fyfe démissionna⁴¹⁵⁶.

1725. Aussi une distinction importante apparut, entre l'obligation du ministre de rendre des comptes (*ministerial accountability*) et sa responsabilité personnelle (*ministerial responsibility*) de démissionner si jamais une affaire importante mettait à jour des erreurs importantes. Le devoir de rendre des comptes implique ainsi le devoir d'expliquer et de mettre à jour pleinement les erreurs commises et le devoir de s'excuser qui incombe au ministre.

1726. Malgré l'importance de cette doctrine dans l'esprit de la constitution anglaise, la doctrine n'a pas manqué de critiquer ses faiblesses. Pour Harlow et Rawlings, suivant en cela Dicey lui-même⁴¹⁵⁷, « rares sont ceux qui souhaiteraient s'embarquer dans un vaisseau aussi fragile que celui de la responsabilité ministérielle »⁴¹⁵⁸. Pour Lord Farwell, elle n'est qu'une ombre⁴¹⁵⁹. Pourtant cette doctrine est essentielle, comme on l'a vu, dans le contrôle du juge.

II — La retenue du juge

1727. Pour Bradley et Ewing, les juges ne parlent du principe de responsabilité ministérielle que lors des recours en *judicial review*, pour justifier la déférence qu'ils doivent aux appréciations du ministre⁴¹⁶⁰. De telles appréciations remontent au moins, pour ces auteurs, à

⁴¹⁵⁴ V. A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, Harlow, Pearson Longman, 2007, 14th ed., spéc. chap. 7, pp. 107 suiv..

⁴¹⁵⁵ V. J. A. G. Griffith, « The Crichton down Affair », *The Modern Law Review*, Vol. 18, No. 6 (Nov., 1955), pp. 557-570 ; C. J. Hamson (1954), « The Real Lesson of Crichton Down », *Public Administration*, vol. 32, pp. 383-387 ; D. N. Chester, (1954), « The Crichton Down Case », *Public Administration*, vol. 32, pp. 389-401 ; S. E. Finer, (1956), « The Individual Responsibility of Ministers », *Public Administration*, 34: 377. V. aussi les rapports Scott et Nolan : *Report of the Inquiry into the Export of Defence Related Equipment and Dual Use Goods to Iraq and Related Prosecutions*, HC115 1995 ; *The Nolan Report: First Report of the Committee on Standards in Public Life*, Cm 2850, 1995.

⁴¹⁵⁶ V. A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, Harlow, Pearson Longman, 2007, 14th ed., spéc. p. 116 ; R. Scott, *Ministerial accountability*, *Public Law*, 1996, Aut, pp. 410-426.

⁴¹⁵⁷ V. A. V. Dicey, « Development of Administrative Law in England », 31 *L. Q. Rev.* 148 (1915), spéc. p. 152. Dicey critique la décision *Arlidge*, étudiée plus bas, en estimant que la référence à la soi-disant responsabilité ministérielle était inopportune.

⁴¹⁵⁸ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and administration*, Cambridge, U.K., New York, Cambridge University Press, 3rd ed, 2009, spéc. p. 38.

⁴¹⁵⁹ *V. Dyson v Attorney-General* [1911] 1 K.B. 410 : « If ministerial responsibility were more than the mere shadow of a name, the matter would be less important, but as it is, the Courts are the only defence of the liberty of the subject against departmental aggression ». Cité par H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 27.

⁴¹⁶⁰ V. A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, Harlow, Pearson Longman, 2007, 14th ed., spéc. p. 121.

1915 lorsque la Chambre des Lords, dans l'arrêt *Arlidge*, accepte de laisser un grand pouvoir discrétionnaire au ministre, dans le silence des textes, car il est responsable devant le Parlement⁴¹⁶¹. On a vu aussi dans l'arrêt *Alconbury* combien Lord Hoffmann a souhaité, inutilement à notre sens, baser sa solution sur le même principe⁴¹⁶². Dans une partie de son discours intitulée « *Democracy and the rule of law* », il fonde sa solution (la compatibilité du droit à un procès équitable avec les procédures d'urbanisme en place) sur la responsabilité du ministre devant le Parlement, laquelle préserve le principe démocratique. Le principe a longtemps servi de rempart au contrôle, même s'il est aujourd'hui réinterprété par les juges pour appliquer le standard de contrôle nécessaire en cas de violation des droits de l'homme. Malgré la multiplication des critiques, provenant même de juge comme Lord Diplock, elle reste centrale dans l'établissement du degré de contrôle en *judicial review*⁴¹⁶³. Les jugements ne cessent ainsi de répéter que les juges ne doivent pas intervenir dans l'exercice par les autorités publiques de leur pouvoir discrétionnaire.

Les critiques de la doctrine et de certains juges sont donc d'autant plus justifiées que, concernant les pouvoirs importants de sanction ou de règlement des différends, le Parlement y est presque indifférent.

§ 2 — Un contrôle limité dans les faits

1728. Le législateur anglais se concentre essentiellement sur l'apport de la fonction contentieuse en terme pécuniaire pour le consommateur et se préoccupe peu, sauf dans des matières extérieures aux domaines étudiés, de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, ou en tout cas pas du point de vue des garanties.

1729. Il faut tout d'abord reconnaître que le principe de responsabilité ministérielle est mis à l'épreuve dans les secteurs étudiés car les autorités sectorielles ne sont pas dirigées par un ministre, mais par un organe collégial et sont indépendantes. Au départ, le principe était en quelque sorte sauvegardé par le modèle de l'autorité de régulation personnalisée inauguré dans les années 1980. Les autorités étaient toutes dirigées par un directeur général, la responsabilité était donc clairement identifiée. Aujourd'hui ce modèle a laissé la place à une régulation collégiale, avec néanmoins un dirigeant, mais la personnalisation et la responsabilisation qui en découle s'en trouvent amoindries.

1730. Différentes commissions *ad hoc* des deux chambres se sont intéressées aux autorités sectorielles. Le contraste entre le faible intérêt pour la fonction contentieuse dans les domaines étudiés et l'inquiétude de certaines commissions dans d'autres domaines, touchant plus directement les citoyens, est à cet égard frappant.

⁴¹⁶¹ V. *Local Government Board v Arlidge* [1915] A.C. 120 : « The Minister at the head of the Board is directly responsible to Parliament like other Ministers. He is responsible not only for what he himself does but for all that is done in his department ».

⁴¹⁶² V. *Regina (Alconbury Developments Ltd and Others) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23.

⁴¹⁶³ V. *Inland Revenue Commissioners v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.* [1982] A.C. 617 : « It is not, in my view, a sufficient answer to say that judicial review of the actions of officers or departments of central government is unnecessary because they are accountable to Parliament for the way in which they carry out their functions. They are accountable to Parliament for what they do so far as regards efficiency and policy, and of that Parliament is the only judge; they are responsible to a court of justice for the lawfulness of what they do, and of that the court is the only judge ».

1731. Le rapport de la commission sur les régulateurs de la chambre des Lords ne s'intéresse à la fonction contentieuse des autorités administratives dans le domaine économique que de manière économique⁴¹⁶⁴. L'intérêt des parlementaires porte sur l'économie que l'exercice de cette fonction contentieuse a permis de réaliser pour les consommateurs. Ainsi, l'action répressive de l'autorité de la concurrence est jugée à l'aune du gain pour le consommateur et de son coût pour le contribuable⁴¹⁶⁵.

1732. La commission s'inquiète aussi du défaut de mise en œuvre de la fonction contentieuse, de la sous-utilisation, pour certaines autorités sectorielles, de leurs pouvoirs d'injonction et de sanction. Cette préoccupation fut portée à l'attention de la commission par certaines organisations non gouvernementales (notamment dans le domaine des services financiers) et par un rapport du National Audit Office (l'équivalent de la Cour des comptes française) concernant Ofwat. La Commission et le N.A.O. émirent en effet des critiques sévères à l'égard d'Ofwat qui était soupçonné de ne pas utiliser les pouvoirs que le législateur lui avait conférés dans l'intérêt des consommateurs⁴¹⁶⁶. La commission parlementaire se fait le relais des remontrances des consommateurs. C'est donc le sous-emploi de la fonction répressive qui est ici critiqué. On a d'ailleurs vu combien le *judicial review* est, sur ce point spécifique, réticent à sanctionner l'inaction d'une autorité administrative.

1733. L'intérêt de cette commission porte donc moins sur la garantie des droits que sur l'efficacité et l'emploi de la fonction répressive.

1734. La commission parlementaire de la Chambre des Lords sur la Constitution s'est aussi intéressée aux autorités sectorielles⁴¹⁶⁷, mais n'a consacré aucun développement à la fonction contentieuse en elle-même. En revanche, cette commission a examiné sérieusement la question du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes⁴¹⁶⁸. La

⁴¹⁶⁴ V. House of Lords, Select Committee on Regulators, UK Economic Regulators, 1st Report of Session 2006–07, HL Paper 189-I.

⁴¹⁶⁵ V. House of Lords, Select Committee on Regulators, UK Economic Regulators, tome 1, § 4.21.

⁴¹⁶⁶ V. House of Lords, Select Committee on Regulators, UK Economic Regulators, tome 1, §§ 5.54 suiv. ; National Audit Office, Ofwat—Meeting the demand for water, published 19 January 2007, HC 150, Session 2006–07, spec. pp. 19 suiv.. Le rapport du N.A.O. est particulièrement critique, montrant, indicateurs à l'appui, que les compagnies d'eau, comme Thames Water Utility, ne remplissent pas leurs objectifs en termes de fuites d'eau et que malgré tout, aucune action répressive n'a été entreprise par Ofwat. Rappelons de surcroît que dans l'arrêt *Marcic* de la Chambre des Lords, la Cour suprême a rejeté la possibilité d'intenter un recours en indemnisation contre une entreprise d'eau pour les dommages causés par ces fuites au motif que le législateur avait confié ce soin à l'autorité administrative. C'est peut-être une raison justifiant l'augmentation des pouvoirs de sanctions d'Ofwat. Le Flood and Water Management Act 2010 (article 37) permet de modifier le Water Industry Act 1991 dans ce sens, en utilisant les pouvoirs que le gouvernement détient en vertu du Regulatory Enforcement and Sanctions Act de 2008 et qui lui permettent de créer un pouvoir de sanction administrative. Les raisons avancées par le gouvernement visent à renforcer la pression sur les entreprises d'eau : « In the draft Flood and Water Management Bill the UK Government proposed to extend the power to require information to ensure that the regulator and Ministers could seek information from companies where they have failed or are failing to achieve any Guaranteed Service Standards, which would also include any adopted for services to developers and those requesting a connection. The draft Bill also proposed extending the time limit for imposing a financial penalty from one year to five years, to fully reflect the duration of the contravention and the full extent of any detriment to customers that has occurred across a price review period (DEFRA, Review of Ofwat and consumer representation in the water sector) ».

⁴¹⁶⁷ V. House of Lords, Select Committee on the Constitution, The Regulatory State: Ensuring its Accountability, HL Paper 68–I.

⁴¹⁶⁸ ⁴¹⁶⁸ V. House of Lords, Select Committee on the Constitution, The Regulatory State: Ensuring its Accountability, spec. chap. 11.

commission note en effet les limites du *judicial review* comme moyen de contrôle et la nécessité de mettre en place des mécanismes d'*appeal*. Tony Prosser, invité par la commission, avait fortement invité les parlementaires à réfléchir en ce sens. La commission avait ainsi proposé la mise en place d'un tribunal de la régulation pour connaître des recours contre les décisions des autorités sectorielles qui ne sont pas déjà traitées par le Competition Appeal Tribunal. Ce vœu n'a malheureusement pas été entendu ; le modèle qui émerge est de faire du Competition Appeal Tribunal, progressivement, l'organe de recours des décisions des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique tout en variant, à chaque fois, la nature du recours du simple *judicial review* au véritable *appeal*.

1735. En revanche, la même commission, mais dans un domaine différent, a exprimé une réticence certaine et non dissimulée lors du passage du Regulatory Enforcement and Sanctions Act, loi qui met en œuvre les recommandations du rapport Macrory sur le besoin de privilégier la répression administrative et qui dépenalise une grande partie des infractions. Après avoir cité Dicey et la conception du *rule of law* qui repose sur les tribunaux pour assurer la punition des citoyens, la commission note que « le système envisagé dans le projet de loi permettra le transfert, d'une échelle sans précédent, de la responsabilité de décider de la culpabilité et d'imposer des sanctions financières (sans limite maximale), des juges indépendants et impartiaux à l'Administration »⁴¹⁶⁹. La commission s'inquiète et condamne ici l'absence de garanties procédurales et du principe de proportionnalité.

1736. Ce décalage illustre bien le propos précédemment rapporté de Karen Yeung : la différence de perception au Royaume-Uni entre un droit pour les entreprises ou les personnes morales qui n'a pas à se préoccuper de la question des droits et le droit qui concerne les citoyens où les inquiétudes sont plus grandes. Néanmoins, le rapport de la commission sur le Regulatory Enforcement and Sanctions Bill est assez court et n'aura, sur le principe, que peu d'impact.

Le principe de responsabilité ministérielle au Royaume-Uni a été grandement renforcé par l'institution du Parliamentary Ombudsman. Cependant, celui-ci joue un rôle relativement réduit dans les secteurs régulés.

§ 3 — Un contrôle renforcé par l'action de l'ombudsman

1737. L'ombudsman est une institution administrative essentielle au Royaume-Uni. Créé en 1967 par le Parliamentary Commissioner Act, il a permis de donner une plus grande réalité au principe de responsabilité ministérielle⁴¹⁷⁰. Un rapport de 1961, rédigé sous la direction de Sir John Whyatt relevait qu'en effet le *judicial review* laissait un certain nombre de problèmes sans remède et que le canal parlementaire était bien souvent inefficace⁴¹⁷¹. L'ombudsman s'inscrit donc dans une brèche du système juridique de *common law*, entre un recours en *judicial review* de faible intensité pour, précisément, laisser au Parlement son rôle de contrôle des décisions politiques, et la réalité d'un contrôle qu'il n'exerce que faiblement.

⁴¹⁶⁹ V. House of Lords, Select Committee on the Constitution, Regulatory Enforcement and Sanctions Bill, 1st Report of Session 2007–08, HL Paper 16. Traduction de : « The scheme envisaged in the bill will enable the transfer, on an unprecedented scale, of responsibilities for deciding guilt and imposing financial sanctions (with no upper limit) away from independent and impartial judges to officials ».

⁴¹⁷⁰ V. notamment P. Birkinshaw, *Grievances, remedies and the state*, London, Sweet & Maxwell, 1994.

⁴¹⁷¹ V. Justice, *The citizen and the Administration*, 1961.

1738. Malgré l'utilisation de ce terme unique, il regroupe une diversité importante d'institutions, si bien que Carol Harlow et Richard Rawlings parlent d'« ombudsmania »⁴¹⁷². Certains ombudsmen, comme on l'a montré précédemment, sont de véritables alternatives au juge privé. Ils sont ainsi chargés de résoudre, de manière amiable les litiges privés. Mais d'autres, comme le médiateur des services financiers au Royaume-Uni, ont un véritable pouvoir contraignant, pouvant prononcer des dommages et intérêts. Il ne peut s'agir ici d'étudier ce type d'institutions. Le principal ombudsman, chargé de remédier aux litiges des personnes privées avec le gouvernement et de mettre en marche le rôle du Parlement comme garant du fonctionnement démocratique de l'Administration est le Parliamentary Ombudsman.

1739. Il offre l'avantage de la flexibilité, de la rapidité⁴¹⁷³ et surtout, comme le soulignent Carol Harlow et Richard Rawlings, il se distingue de l'ensemble des procédures de common law par son caractère inquisitoire⁴¹⁷⁴. Il est chargé d'enquêter sur les plaintes des particuliers, victimes de « maladministration ».

1740. Il ne peut être question d'étudier cette institution en profondeur ici. Elle n'a eu, dans les domaines étudiés, aucune influence. Et pour cause, les autorités sectorielles ont certes un rôle important vis-à-vis des consommateurs au Royaume-Uni, mais elles sont davantage centrées sur les relations entre concurrents, entre entreprises.

1741. En revanche à la périphérie des domaines étudiés, l'ombudsman a eu une importance non négligeable dans le domaine de la réglementation prudentielle des compagnies d'assurance par la Financial Services Authority, avec l'affaire Equitable Life. Cette affaire, ainsi qu'une précédente, l'affaire Barlow Clowes, montre que l'institution de l'ombudsman ne sert pas seulement à enrichir la légalité avec un nouveau standard de bonne administration⁴¹⁷⁵, mais permet aussi d'obtenir la compensation de préjudices importants, que les règles traditionnelles de la responsabilité publique au Royaume-Uni seraient impuissantes à indemniser, comme nous l'avons montré⁴¹⁷⁶. D'autant plus que la loi a exonéré la Financial Services Authority de toute responsabilité, sauf en cas de « *misfeasance in public office* ». La compagnie d'assurance Equitable Life, créée en 1762 sous une forme mutualiste, fit faillite, laissant ainsi les bénéficiaires de polices d'assurance de cette compagnie qui saisirent l'ombudsman de cette affaire. Les multiples rapports de l'ombudsman furent accablants pour les pouvoirs publics, tant pour le gouvernement que pour la Financial Services Authority dont la « passivité, le manque de réaction et la complaisance »⁴¹⁷⁷ furent mis en lumière.

⁴¹⁷² V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., spec. p. 480.

⁴¹⁷³ V. A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, spec. p. 715 ; P. Craig, *Administrative Law*, préc., pp. 233 suiv. ; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., chap. 12 ; H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., pp. 85-86.

⁴¹⁷⁴ V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, préc., spec. chap. 10 et 11.

⁴¹⁷⁵ V. R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2010. V. sur l'ombudsman : A. Legrand, *L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de science administrative, tome 2, 1970.

⁴¹⁷⁶ V. à cet égard les recommandations de Carol Harlow, « Rationalising administrative compensation », *Public Law*, 2010, Apr, pp. 321-339. Pour Carol Harlow, c'est la notion de compensation administrative qui pourrait résoudre plus adéquatement que la responsabilité administrative le problème des fautes de l'Administration. Or, cette compensation administrative passe par un rôle accru de l'ombudsman. C'est une idée qu'elle avait déjà développée dans sa thèse : C. Harlow, *Compensation and Government Torts*, préc.,

⁴¹⁷⁷ V. R. Tomic, « Beyond 'Light Touch' Regulation of British Banks after the Financial Crisis », in *The Future of Financial Regulation*, I. G. MacNeil, J. O'Brien (eds), Hart, 2010, spec. pp. 111-112.

1742. Mais quelle fut l'issue de cette affaire et de l'enquête de l'ombudsman ? Dans l'affaire Barlow Clowes (une banqueroute financière dans laquelle l'ombudsman de l'époque avait émis de sévères critiques à l'encontre du gouvernement), les victimes avaient réussi à se faire indemniser, le gouvernement acceptant de leur accorder une somme de cent cinquante millions de livres⁴¹⁷⁸. Dans l'affaire Equitable Life, le gouvernement accepta aussi la création d'un fonds de compensation des victimes qui devraient être indemnisées de la perte de leur police d'assurance.

1743. L'ombudsman joue donc désormais un rôle important dans l'indemnisation des victimes de défaut de surveillance de la part des pouvoirs publics. Même s'il joue un rôle limité dans notre domaine, c'est désormais un organe puissant de responsabilisation des autorités sectorielles. Mais le rôle du Parlement, par le canal de l'ombudsman, est ici de prévoir des mécanismes de compensation. En conséquence, plus qu'un mécanisme de responsabilité démocratique, l'ombudsman peut apparaître comme une solution à une carence du droit de la responsabilité administrative.

Conclusion de la Section 1

Malgré l'importance symbolique et juridique de la responsabilité démocratique au Royaume-Uni, que certains membres de la doctrine ont pourtant qualifié de « noble mensonge »⁴¹⁷⁹, il semble acquis que le Parlement ne peut remplacer les tribunaux dans le contrôle de légalité ou de responsabilité des autorités sectorielles.

Pourtant, les juges limitent leur contrôle au motif que c'est au Parlement de juger des mérites, de l'opportunité des décisions administratives. Aussi, avec son coût, son caractère accusatoire, le *judicial review* ne parvient pas à jouer son rôle efficacement pour garantir la légalité. De même, le droit de la responsabilité n'est pas adapté au Royaume-Uni pour jouer un rôle de contrôle approprié des autorités sectorielles. Les citoyens anglais ont néanmoins trouvé dans l'ombudsman, dans certains cas, le relais approprié pour se faire indemniser des défauts de surveillance commis par les autorités financières. Mais les grandes affaires dans lesquelles l'ombudsman est intervenu concernaient des dommages de masse.

Le législateur français en regard, en plus de se préoccuper nettement de la garantie des droits, manifeste, dans ses rapports, un souci constant d'encadrer la fonction contentieuse.

⁴¹⁷⁸ V. H. W. R. Wade, C. F. Forsyth, *Administrative Law*, préc., p. 84 ; G. Drewry, R. Gregory, « Barlow Clowes and the Ombudsman », Part 1, *Public Law* 1991, Sum, pp. 192-214 et Part 2, *Aut*, pp. 408-442.

⁴¹⁷⁹ V. I. Harden, N. Lewis, *The noble lie: the British constitution and the rule of law*, London, Hutchinson, 1986. V. aussi P. Craig, *Administrative Law*, préc., p. 33 : « Pressures of time, and executive dominance of legislature combined to ensure that legislative control over, for example, secondary legislation was minimal ».

Section 2 — *Le modèle français : une préoccupation démocratique importante*

1744. Par contraste avec l'attention du Parlement anglais, il apparaît bien que le Parlement français manifeste une préoccupation constante pour la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Afin, d'améliorer le contrôle démocratique de ces autorités, des initiatives ont vu le jour pour introduire en leur sein des commissaires du gouvernement. Ces initiatives, malheureuses, ont dû cesser.

1745. Les différents rapports commandés par le législateur sur les autorités administratives indépendantes consacrent des développements importants au pouvoir de répression administrative.

1746. Le rapport Gélard de 2006, comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer, fait un certain nombre de recommandations concernant la fonction contentieuse des autorités sectorielles : la recommandation n° 2 consiste en effet à « Doter les AAI exerçant des pouvoirs de sanction d'un collège suffisamment nombreux pour que puissent y être distinguées les fonctions de poursuite et de sanction »⁴¹⁸⁰. La recommandation n° 9 propose, elle, d'« Adopter un cadre législatif définissant les caractéristiques communes des AAI au regard de leur indépendance, de leurs procédures de sanction et de la publication d'un rapport annuel ». Les autorités administratives indépendantes sont considérées, dans le rapport comme ayant enlevé des pouvoirs qui relèvent traditionnellement de l'État et singulièrement du pouvoir judiciaire. L'établissement de garanties procédurales pour le justiciable est au centre de la réflexion parlementaire sur la fonction contentieuse. Le rapport Vaneste propose aussi un encadrement strict du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes et une implication plus forte du Parlement⁴¹⁸¹.

1747. Des institutions de contrôle démocratique ont été créées, comme par exemple la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques (CSSPce)⁴¹⁸², ou l'Observatoire national du service public de l'électricité rattaché au Conseil économique et social⁴¹⁸³. Mais l'action de ces institutions reste discrète et vise davantage la qualité du service public que la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Leur mandat est en effet davantage de surveiller l'exécution du service public que l'action des autorités de régulation.

1748. À côté de ce souci répété qui rejoint le constat déjà établi plus haut, le système français a conservé des modes de rattachement au gouvernement et à la légitimité démocratique largement inutiles et en voie de disparition.

⁴¹⁸⁰ V. Office parlementaire pour l'évaluation de la législation, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Patrice Gélard, n° 3166, 15 juin 2006.

⁴¹⁸¹ V. Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, par MM. René Dosièrre et Christian Vanneste.

⁴¹⁸² V. Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (J.O.R.F. n° 157, 8 juillet 1990, p. 8069), article 35.

⁴¹⁸³ V. Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, préc., article 3 al. 6.

1749. Deux institutions semblent particulièrement significatives à cet égard : le commissaire du gouvernement qui existe dans certaines autorités administratives indépendantes et qui est en voie de disparition et le rôle du ministère public devant la Cour d'appel de Paris.

1750. Le lien démocratique avait été maintenu en France par la création d'un commissaire du gouvernement au sein de certaines autorités, comme la Commission de régulation de l'énergie. Ce commissaire avait le pouvoir demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour du collège de cette autorité⁴¹⁸⁴. Mais devant cette autorité, cette fonction a été supprimée lors de la création du code de l'énergie⁴¹⁸⁵. Le gouvernement avait tenté d'introduire un commissaire du gouvernement devant l'Autorité de régulation des communications électroniques, mais, devant l'hostilité que cette initiative avait suscitée au niveau de la Commission, la disposition fut retirée devant le Sénat. Le rapport Vaneste avait d'ailleurs chaudement recommandé la généralisation de la présence d'un commissaire du gouvernement, particulièrement devant l'Autorité de régulation des communications électroniques, doté du pouvoir de demander une seconde délibération, mais seulement en matière d'acte réglementaire⁴¹⁸⁶. La Commission européenne avait menacé la France d'une procédure en manquement si elle menait à terme cette réforme dans le secteur des communications électroniques, l'État restant actionnaire de l'opérateur historique.

Conclusion de la Section 2

Comme on l'avait vu plus haut, le Parlement français est sensible à conférer aux justiciables des garanties face aux pouvoirs des autorités sectorielles. Cette préoccupation est rejointe par le contrôle ex post que le Parlement opère sur la fonction contentieuse, essayant à chaque fois d'améliorer la protection des citoyens. Afin d'améliorer le lien démocratique, des commissaires du gouvernement avaient été prévus et installés dans ces autorités, mais ont été supprimés, ou les initiatives visant à en instaurer un n'ont finalement pas vu le jour, pour se conformer aux vœux du droit de l'Union européenne.

Conclusion du Chapitre II

Le contrôle démocratique des autorités sectorielles est un impératif de l'État de droit. Cependant, l'opportunité et les modalités de ce contrôle se posent dans des termes différents s'agissant de l'exercice de la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Le Parlement ne peut pas intervenir de manière individuelle. C'est d'ailleurs ce que l'on constate. Le Parlement intervient dans la fonction contentieuse pour en fixer les grands objectifs ; c'est à cet égard que la différence entre les deux pays est la plus flagrante. Alors que les rapports parlementaires montrent, au Royaume-Uni, que la préoccupation du législateur se concentre

⁴¹⁸⁴ V. Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité modifiée, article 29.

⁴¹⁸⁵ V. Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, article 4.

⁴¹⁸⁶ V. Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, par MM. René Dosière et Christian Vanneste, spéc. p. 53 (recommandation n° 2 destinée à limiter le pouvoir réglementaire des AAI). Cette recommandation est d'autant plus curieuse que le pouvoir réglementaire des AAI est déjà limité par la jurisprudence constitutionnelle. Ce pouvoir, qui appartient au premier ministre de par la Constitution, ne peut être, pour les autorités administratives indépendantes, que dérivé et second par rapport au pouvoir réglementaire général du gouvernement.

sur l'apport financier de cette fonction, le Parlement français se préoccupe quasiment exclusivement de la protection des libertés.

Conclusion du Sous-Titre II

L'effectivité des droits garantis par le droit de l'Union européenne comme par les droits internes passe autant par la mise en œuvre du contrôle de légalité que par la mise en cause de la responsabilité des autorités sectorielles devant le juge et devant le Parlement.

Devant le juge, l'intérêt de la comparaison est de montrer que les logiques profondes qui influencent le régime de la responsabilité des autorités sectorielles sont liées aux conceptions nationales du droit de la responsabilité. La théorie de la relativité aquilienne de la responsabilité irrigue tout le droit de la responsabilité anglais, tandis que la conception absolue de la faute caractérise tant le droit privé que public. Cette conception explique les différences notables et notamment la divergence dans l'engagement de la responsabilité de l'Administration pour l'illégalité d'un acte administratif. L'illégalité n'est pas, en soi, une faute en droit anglais de la responsabilité alors qu'elle en est une en droit français.

Aussi, le régime d'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles s'en trouve-t-il modifié. Alors que la responsabilité des autorités sectorielles anglaises est difficile à engager, à moins qu'elles ne violent directement le Human Rights Act, les autorités de régulation françaises sont responsables pour faute lourde dans l'exercice de leur fonction contentieuse. Cette solution ne manifeste aucune spécificité en droit anglais car l'engagement de la responsabilité de l'Administration est encore très difficile. Cette solution n'est spécifique en droit français que pour l'illégalité des sanctions administratives. En théorie tout acte administratif illégal engage la responsabilité de l'Administration ; il faut, dans le cas des autorités sectorielles, une faute lourde.

Une divergence se retrouve aussi du niveau contrôle démocratique des autorités de régulation. Alors que ce contrôle est un élément capital du système juridique de contrôle de l'Administration, l'attention du Parlement anglais sur l'activité contentieuse des autorités sectorielles est limitée, tandis que le Parlement français en est constamment préoccupé.

Conclusion du Titre II

Le contrôle de la fonction contentieuse des autorités sectorielles est encore, globalement, dans une phase de maturation, dans les deux pays. Même si certaines solutions semblent stabilisées, le système juridique n'est pas totalement satisfaisant.

Les choix de contrôle répondent profondément, et malgré les influences notables de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à des traditions nationales. Il faut cependant noter que le juge administratif a été davantage sensible à adapter son contrôle des sanctions administratives pour le faire correspondre aux standards européens, mais il faut aussi concéder que cette évolution correspondait à des logiques purement internes : la jurisprudence du Conseil constitutionnel et l'accumulation des lois, particulièrement dans nos domaines, imposant un contrôle de pleine juridiction, militaient en faveur d'un changement du contrôle.

Le choix de l'organe de contrôle est toutefois intimement lié aux traditions juridiques nationales. La volonté de confier le contentieux des autorités administratives indépendantes

dans le secteur économique à un *tribunal* s'inscrit dans une longue tradition juridique tendant à créer des instances *ad hoc*, adaptées à chaque fois aux spécificités du secteur, pour contrôler l'Administration. La création du Competition Appeal Tribunal apparaît ainsi comme s'inscrivant dans l'histoire administrative la plus commune du système anglais. La volonté d'en faire une juridiction marque cependant toute l'évolution du système juridique anglais qui tend, depuis les années 2000, à juridictionnaliser le traitement des litiges administratifs, qui est séparé désormais de l'Administration.

Par contraste, le système français a fait le choix de confier le contrôle à des magistrats non spécialisés et, plus spécifiquement, à confier le contentieux du règlement des différends à la Cour d'appel de Paris. Ce choix est loin d'être neutre sur la qualité du contrôle dans notre domaine, tant du point de vue de l'intensité du contrôle que de ses caractéristiques processuelles. Le droit français manifeste une difficulté à penser de manière classique et normale la fonction de règlement des différends et à lui appliquer les standards normaux du contrôle de légalité d'une décision administrative. Le choix de confier le recours à la Cour d'appel de Paris en est un symptôme et un symptôme qui renforce le mal. Le caractère accusatoire de la procédure, la maîtrise relative du standard de contrôle, le statut bancal de l'autorité sectorielle, tout concourt à rendre ce choix malheureux. On ne peut à cet égard que rejoindre Didier Truchet lorsque celui-ci préconise, en matière de droit de la concurrence, la remise de ce contentieux au juge administratif ; le « mythe de l'unification du contentieux » doit être, à cet égard aussi, brisé⁴¹⁸⁷.

L'étude des décisions du Competition Appeal Tribunal amène à des constats décisifs et pousse à proposer la création d'une juridiction spécialisée devant laquelle la procédure et le contrôle seraient adaptés à la spécificité de la matière. Car, même devant le Conseil d'État les tiers auront du mal à intervenir lors d'un recours de pleine juridiction, ce qui n'est pas entièrement satisfaisant.

Le système anglais n'est pas non plus exempt de carences. La carence essentielle réside dans le chaos des recours, qui ne manifestent aucune unité et qui fait encore trop appel au *judicial review*. Le *judicial review* est un outil trop onéreux, de contrôle restreint, qui n'offre pas les garanties du contrôle de pleine juridiction en matière répressive. Il est aujourd'hui à la croisée des chemins. L'explosion de la répression administrative au Royaume-Uni ne peut pas faire l'économie d'une réflexion globale sur l'adaptation nécessaire du *judicial review*, de son standard de contrôle et de ses procédures (car l'accusatoire est ici aussi un frein au contrôle, de l'aveu même des juges).

Nous voudrions aussi étendre ce vœu au droit de la responsabilité publique en *common law*, mais, comme nous l'avons vu, responsabilité publique et responsabilité privée ne sont pas deux mondes étanches dans chaque système juridique. L'introduction d'un système de responsabilité publique en *common law* anglais serait par conséquent une tâche extrêmement délicate⁴¹⁸⁸. D'autant que des mécanismes, comme celui de l'ombudsman, sont venus apporter des réponses, encore partielles, au problème de la difficulté d'engager la responsabilité de l'Administration en *common law*.

⁴¹⁸⁷ V. D. Truchet, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », in Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 539-553.

⁴¹⁸⁸ V. les propositions de T. Cornford, *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate, 2008. Carol Harlow appelait déjà dans sa thèse à ne pas sacrifier la responsabilité administrative sur l'autel de l'efficacité administrative : C. Harlow, *Compensation and Government Torts*, préc., p. 161 : « So we cannot let tort law become the victim of a puritan search for administrative efficiency ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

Résultats de la recherche

1751. L'émergence et le développement de la fonction contentieuse des autorités sectorielles correspondent à une évolution profonde du système juridique. Cette fonction est dotée de sources solides, tant en droit interne qu'en droit international ; elle se caractérise par une recherche de l'efficacité et marque le déplacement de centre de gravité du droit, de la défense de la liberté à la recherche de l'efficacité et de la concurrence.

Les systèmes juridiques anglais et français se caractérisaient en effet par une conception commune de la fonction contentieuse. Dans son volet répressif ou dans son volet de règlement des différends, l'Administration était traditionnellement exclue, au nom de la séparation des pouvoirs, du traitement de ces contestations. Cette digue a aujourd'hui cédé et il a donc paru important de comprendre les ressorts de ces évolutions générales et d'identifier précisément les contours de cette nouvelle fonction dans les domaines étudiés.

La recherche a ainsi permis d'identifier clairement les frontières de cette notion. C'est essentiellement au niveau de la fonction de règlement des différends qu'elle a permis de révéler l'ampleur du phénomène, qui n'est pas de grandeur égale entre les deux pays. La fonction de règlement des différends a pris en France une ampleur qu'elle n'a pas au Royaume-Uni qui a eu une approche beaucoup plus cohérente en cantonnant cette fonction aux services publics en réseau. En France en revanche, c'est d'abord dans le secteur du cinéma qu'elle s'est illustrée, avant de connaître une consécration dans le domaine des services publics en réseau et une extension dans l'audiovisuel et les mesures techniques de protection des droits de propriété intellectuelle.

L'essor de la fonction répressive des autorités administratives, en dehors de leur champ traditionnel, avec la consécration de la sanction pécuniaire, s'explique par les limites du droit pénal et, en Angleterre, par l'emprise du mouvement de l'analyse économique du droit. La prédilection pour la répression administrative est commune à la France et au Royaume-Uni.

L'identification d'un phénomène juridique ne pouvant trouver d'intérêt que dans des définitions stables, permettant ensuite de dégager un régime juridique spécifique, il a semblé nécessaire de fixer les critères de la fonction de règlement des différends. Si la définition de la sanction administrative en droit comparé pose peu de difficulté, étant donné les travaux de la doctrine et la jurisprudence abondante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, celle de règlement administratif des différends est plus délicate. Il faut donc définir la fonction de règlement des différends comme un procédé de réglementation d'un contrat qui a pour but de résoudre un différend relatif à l'accès à un bien essentiel pour pouvoir exercer une activité économique.

Les causes juridiques qui permettent de rendre compte de la fonction de règlement des différends ont été aussi précisées. L'intérêt scientifique de la fonction de règlement des différends est de montrer qu'alors que la pensée libérale avait fait de l'État l'ennemi principal de la concurrence, les principes du droit privé (essentiellement du droit des contrats et du droit des biens) ont, dans les domaines en réseau, des effets anticoncurrentiels beaucoup plus importants. C'est peut-être dans les effets anticoncurrentiels du droit privé que l'on peut expliquer le recours à la fonction administrative de règlement des différends. Et c'est à partir

de là nous semble-t-il que, l'on peut fonder une nouvelle fonction administrative de régulation. Les jurisprudences anglaise et française montrent bien que c'est le principe de liberté qui a dominé et encadré l'intervention de l'État et les rapports des particuliers entre eux. La fonction de régulation, comme institutionnalisation d'un ordre juridique de marché fondé sur la concurrence et non plus sur la liberté, et sa traduction en jurisprudence permettent de mettre en évidence la nouveauté de cette fonction administrative. Après avoir tenté d'expliquer le chaos sémantique qui entoure la notion — en montrant que la régulation après la justice, la police et le service public pouvait légitimement apparaître comme le nouveau mythe de l'État et comme la manifestation d'une nouvelle fonction économique et non plus sociale attribuée au droit — c'est à partir de l'analyse de la jurisprudence qu'il nous a semblé que l'on pouvait dégager la notion de régulation dont nous avons manifesté la nouveauté. La régulation est la marque que le problème du pouvoir, de sa limitation, concerne autant l'État que les entreprises privées, et que la grande affaire de la régulation aujourd'hui c'est la limitation du pouvoir privé, comme les ordolibéraux l'avaient bien vu, comme Michel Foucault l'a magnifiquement exposé⁴¹⁸⁹ et Gérard Farjat systématisé dans sa théorie du droit économique⁴¹⁹⁰.

Mais la communauté entre la France et le Royaume-Uni s'arrête là, nous semble-t-il. Les sources, les raisons structurelles, les notions sont communes ; le régime de la fonction contentieuse dans sa phase de mise en œuvre et dans sa phase de contrôle met en évidence les différences profondes qui caractérisent chaque droit administratif.

Pourtant ce constat n'allait pas de soi. En effet, si l'on analyse tout d'abord la mise en œuvre de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, de nombreux éléments plaident pour un rapprochement. D'abord, les principes de procédure administrative anglais et français, tous les deux d'origine jurisprudentiels, sont assez semblables. Ensuite, des sources externes communes dans le droit européen et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme plaideraient aussi pour un rapprochement. Pourtant il n'en est rien. Deux modèles différents se sont mis en place. Le modèle anglais peut adéquatement être décrit comme un modèle managérial, dans le sens où les garanties législatives devant l'autorité administrative indépendante sont minimales et que la transparence, le dialogue avec les parties prenantes sont au centre de cette fonction contentieuse. En ce sens, le modèle anglais renouvelle la conception traditionnelle de la fonction contentieuse et de la procédure administrative. En effet, en droit comparé, la procédure administrative était caractérisée par le secret et la fermeture sur les parties en cause. La participation à ce type de procédure est en effet restreinte. Or, les autorités sectorielles anglaises ouvrent largement leurs procédures aux tiers en faisant une utilisation forte des outils numériques comme Internet.

Tout oppose le modèle anglais, managérial, et le modèle français, juridictionnel. Il semble à présent acquis, au terme d'une évolution presque vieille de plus de vingt ans maintenant, depuis la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel » et les décisions du juge judiciaire, que la procédure devant les autorités de régulation s'est considérablement juridictionnalisée. L'apport du droit comparé et du recul du temps, désormais, est d'avoir montré le rôle décisif qu'a joué le juge judiciaire dans cette juridictionnalisation, surtout au niveau des garanties processuelles et de l'impartialité.

⁴¹⁸⁹ V. M. Foucault, Naissance de la biopolitique, préc. p. 113-118.

⁴¹⁹⁰ V. G. Farjat, Pour un droit économique, préc., pp. 54 suiv. et pp. 68 suiv..

Nous avons tenté de montrer que le juge judiciaire, dont les décisions ont été beaucoup plus entendues que les décisions plus prudentes du Conseil d'État, loin d'appliquer l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme, applique en fait ses propres principes. Le fondement des solutions sur le rôle du rapporteur est plus à chercher dans le principe de droit pénal de séparation des fonctions, principe désormais explicitement cité par le juge civil, que dans l'article 6. Cette conclusion est confortée par toute une série de jurisprudences, sur le principe de personnalité des peines, où là aussi la Cour de cassation fait application du principe de droit pénal sans vouloir l'aménager, et surtout sur l'application du Code de procédure civile à la procédure devant l'autorité de la concurrence.

L'attribution du contrôle juridictionnel des autorités sectorielles au juge judiciaire a abouti à une négation et une relégation du caractère administratif des autorités administratives indépendantes.

Comment expliquer ces différences ? Nous l'avons dit, la juridictionnalisation, d'abord œuvre du Conseil constitutionnel, s'explique par le refus des juges et de la doctrine de reconnaître une autonomie et une légitimité à la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Jurisprudences et doctrines anglaises et françaises ne peuvent être plus opposées. La doctrine anglaise, suspicieuse depuis Burke et Dicey quant aux droits de l'homme et à l'esprit de principe, est en revanche acquise à l'analyse économique du droit, qui a joué un rôle important dans la justification de la répression administrative. Ceci explique que la doctrine anglaise ne s'oppose pas au choix du législateur et à l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration alors que la doctrine française, depuis au moins les années quatre-vingt-dix, n'a cessé d'en critiquer le principe.

Plus fondamentalement aussi, ces oppositions s'expliquent par des changements de système juridique, le droit anglais restant encore fidèle à la souveraineté de la loi, encore largement incontestée, sauf par le droit européen et par une permanence : le refus des juges de connaître des problèmes de l'Administration. Pour les juges anglais, l'Administration est un autre monde, dans lequel ils ne peuvent interférer qu'à la marge.

Les mêmes différences se retrouvent au stade du contrôle de la fonction contentieuse, du contrôle de légalité et de l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles. On constate en effet, alors que le droit administratif français a été fortement influencé par la Convention européenne dans l'augmentation de l'intensité du contrôle, que le *judicial review* reste, lui, même si on perçoit une augmentation de l'intensité du contrôle dans certains domaines, un contrôle restreint. Pour approfondir l'analyse et expliquer pourquoi le droit anglais confie le contrôle de l'Administration à des organes spécialisés, les *tribunals*, il a semblé nécessaire de comprendre les différences entre les deux contrôles. Le recours pour excès de pouvoir et le recours en *judicial review* partagent certains points communs : par exemple, ce sont des recours objectifs, des recours qui n'ont intégré que tardivement le contrôle de proportionnalité, sauf dans le domaine des libertés publiques. En dehors de ces caractères les fondements sont différents (la légalité dans un cas, la compétence dans l'autre), ainsi que les moyens (l'erreur de fait ne fait toujours pas partie ou indirectement du contrôle de légalité en Angleterre) ; les pouvoirs du juge de *common law* sont traditionnellement beaucoup plus étoffés, incluant depuis toujours l'injonction ; enfin, la procédure accusatoire du juge de *common law* explique, pour la doctrine, la limite dans le contrôle.

Ces différences permettent de comprendre pourquoi le contrôle de légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles a été confié, au Royaume-Uni, à une juridiction spécialisée, faite de magistrats et d'experts, le Competition Appeal Tribunal, là où la France a

gardé sa confiance dans ses magistrats, même s'il s'agit, pour une part de magistrats judiciaires.

Il ressort de la comparaison du travail du juge judiciaire par rapport à son homologue anglais, ou à celui du juge administratif, que la Cour d'appel de Paris, en matière de recours contre les décisions de règlement des différends, n'a pas su maîtriser son contrôle et remplacer avantageusement le juge administratif. La Cour ne maîtrise pas son degré de contrôle, son pouvoir de réformation, et l'autorité administrative ne jouit pas devant elle d'un statut conforme à ce que requiert le droit européen. Le droit européen est venu préciser en effet qu'en droit de la concurrence, le principe d'effectivité imposait que l'autorité administrative soit une partie devant l'instance de recours. Or, le statut de l'autorité sectorielle devant la Cour d'appel de Paris et devant la Cour de cassation ne répond pas à ce standard. De surcroît, la comparaison entre le Royaume-Uni et la France montre que la procédure accusatoire est mal adaptée à un contentieux de nature administrative.

Si le contrôle de légalité semble, par la mise en place du Competition Appeal Tribunal, plus satisfaisant au Royaume-Uni, l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles, même s'il continue à obéir dans le cadre de la fonction contentieuse à un régime de faute lourde, est plus avantageux en France. Ce résultat ne s'explique pas, selon nous, par l'existence d'un dualisme juridictionnel en France, mais par des fondements de la responsabilité qui traverse droit public et droit privé. C'est le rejet par la France de la théorie de la relativité aquilienne, théorie appliquée en Allemagne et en *common law*, qui explique les différences de solutions et la difficulté à engager la responsabilité administrative au Royaume-Uni. Cette théorie empêche la mise en cause de l'Administration au Royaume-Uni car elle implique de rechercher l'intérêt protégé par la norme et la volonté du législateur, ce qui n'est pas le cas en France en droit public.

Propositions

1752. Ces résultats amènent naturellement à formuler des souhaits. S'il est grand temps en France de mettre en place une véritable juridiction économique et de mettre fin au mythe de l'unification du contentieux pour rendre au Conseil d'État la connaissance du contentieux de la régulation, il est également temps, au Royaume-Uni de réfléchir à une réforme du contrôle de légalité.

La France est dans une situation particulièrement paradoxale. À l'instar des autres pays, elle a multiplié le contentieux économique, mais elle continue à croire que des magistrats généralistes, et qui plus est judiciaires, pourront opérer un contrôle satisfaisant. Les États-Unis possèdent un département de la concurrence au sein de leur ministère de la Justice, département extrêmement important. Le Royaume-Uni se dote d'une véritable juridiction composée de hauts magistrats et d'experts.

La France, elle, confie le contentieux économique à un juge judiciaire non formé, sans moyen et peu habitué au contrôle des décisions administratives. Le temps n'est-il pas venu de rendre au juge administratif ce contentieux qui lui appartient ? Il serait même envisageable de prévoir, avant son intervention, le contrôle préalable d'une juridiction administrative spécialisée, composée de juristes et d'économistes, capable de contrôler au fond les appréciations des autorités sectorielles. Cette juridiction étant composée d'experts, elle ne se reposerait pas uniquement, comme le fait la Cour d'appel de Paris, sur le contradictoire pour former son jugement. La création d'une juridiction administrative spécialisée serait aussi l'occasion de permettre plus largement l'intervention des tiers dans le contentieux du règlement des différends, comme le fait le Competition Appeal Tribunal. On rappellera que

cette intervention est difficile devant le Conseil d'État étant donné la nature du recours, un recours de pleine juridiction. À titre d'exemple, les Pays-Bas ont mis en place une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie⁴¹⁹¹. De surcroît, cette proposition permettrait de rendre le droit français plus conforme à la jurisprudence européenne qui impose dans l'arrêt Vébic que les autorités d'application du droit de la concurrence soient parties à la procédure de recours ; elle permettrait enfin de revenir sur l'évolution que la Cour de cassation est en train de mettre en place et qui consiste à étendre l'empire du code de procédure civile aux procédures devant certaines autorités administratives indépendantes.

En regard, s'il est une proposition que nous semble imposer l'étude du droit anglais c'est l'inadaptation du contrôle de légalité aux changements de l'ordre juridique et principalement à l'explosion de la répression administrative. La description des recours a permis de montrer que dans de nombreux cas concernant le volet répressif de l'article 6, seul le *judicial review* était disponible, ce qui paraît incompatible avec les exigences de l'article 6. Cette réforme implique de repenser aussi la procédure du *judicial review*, par trop accusatoire, pour donner au juge son véritable rôle de défenseur de la légalité. Le droit anglais va dans ce sens avec la juridictionnalisation des *tribunals*, enfin sortis de l'Administration, et avec la spécialisation de la High Court qui a créé une section spécialisée dans le contentieux administratif.

On voudrait aller jusqu'à proposer une réforme du droit de la responsabilité, mais comme d'ailleurs la question du coût du *judicial review*, il s'agit d'une réforme beaucoup plus sérieuse. La réforme du *judicial review* ne serait pas, elle, une révolution car il arrive que le législateur dote le juge de droit commun d'un pouvoir de pleine juridiction.

Perspectives

1753. Au-delà de ces propositions, il semble que la recherche a souhaité mettre en évidence plusieurs éléments importants. Nous avons résolument opté pour un droit comparé de la complexité. Il n'est plus possible de réduire les systèmes juridiques, comme on le faisait au temps de Laferrière et Bonnard et comme on continue à le faire trop souvent, aux systèmes dualistes ou monistes. Il ne nous semble pas que les explications ultimes des systèmes juridiques résident dans cette solution, et Gérard Marcou a bien montré, à cet égard, à quel point le dualisme était aujourd'hui devenu dominant en Europe occidentale⁴¹⁹². D'abord, cette dichotomie passe sous silence le fait que le système anglais fut dualiste jusqu'au début des années 1870. Ensuite, comme nous l'avons montré, depuis longtemps et comme le montre le droit des secteurs régulés, le juge judiciaire contrôle l'Administration dans toute une part de son activité et, même si nous plaçons pour un retour du contrôle des décisions de règlement des différends dans le giron du juge administratif, le juge judiciaire gardera encore un rôle dans le contrôle de l'Administration. Enfin, comme le montre le droit de la responsabilité, il y a des modes de raisonnement qui transcendent les frontières. Le droit comparé, en restant fasciné et hypnotisé par le dualisme juridictionnel, se ferme des portes de compréhension sur les systèmes juridiques.

⁴¹⁹¹ V. G. Marcou, « Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé », in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires, préc., p. 60.

⁴¹⁹² V. G. Marcou, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », RFDA, 2006, p. 84.

Aussi, cette recherche a permis de mettre en évidence que les réelles différences ou les réelles convergences entre les deux pays s'expliquaient par des raisons plus profondes que le dualisme et l'existence, certes importante, mais non complètement décisive, d'un juge administratif spécialisé. Les évolutions qui bouleversent aujourd'hui les systèmes juridiques et dont l'essor de la fonction contentieuse de l'Administration est une illustration, font fi de ces explications. Le juge administratif français comme le juge de *common law* ont pensé le rapport de l'État au particulier dans les mêmes termes : la défense de la liberté individuelle. Si par exemple, le juge anglais n'a pas intégré le droit de la concurrence au bloc de légalité comme l'a fait la France, ce n'est pas uniquement parce que le système français est dualiste, c'est aussi parce que le juge et la doctrine anglaise ne pensent pas traditionnellement en termes de légalité, entendue comme en France, comme une hiérarchie des normes. De même la doctrine et la jurisprudence anglaises sont-elles réticentes vis-à-vis de l'esprit de principe et de l'esprit de système.

On ne peut, à cet égard, que souscrire à la conclusion de Tocqueville : « En faisant connaître quels biens les Américains retirent du gouvernement de la démocratie, je suis donc loin de prétendre ni de penser que de pareils avantages ne puissent être obtenus qu'à l'aide des mêmes lois... »⁴¹⁹³. Le droit comparé permet de mieux comprendre chaque système juridique, mais ne saurait en ériger aucun comme modèle ultime.

⁴¹⁹³ V. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1835, t. 1, chap . VI.

BIBLIOGRAPHIE

§ 1 — Ouvrages

I — Ouvrages francophones

Achilléas P., Droit communautaire des communications électroniques, JurisClasseur Communication, Fasc. 4650

Administration et contrôle de l'économie : 1800-1914, Genève, Droz, Coll. Hautes études médiévales et modernes, tome 55, 1985, 167 p.

Albiges C., De l'équité en droit privé, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 329, 2000, 383 p.

Albiges C., Équité, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2003

Alibert R., Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Paris, Payot, Bibliothèque technique, 1926, 391 p.

Alland D., Rials S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, P.U.F., Coll. Quadrige Dicos poche, 2003, 1649 p.

Amselek P. (dir.), La pensée de C. Eisenmann, *Économica*, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986, 259 p.

Ancel P., Moret-Bailly J. (dir.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Collection Droit, 2007, 339 p.

Andriantsimbazovina J., L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 192, 1998, 663 p.

Andrieu C., Le programme commun de la Résistance : des idées dans la guerre, Paris, Éd. de l'Érudit, 1984, 212 p.

Andrieu C., Le Van L., Prost A. (dir.), Les nationalisations de la Libération. De l'utopie au compromis, Presses de Sciences Po, 1987, 392 p.

Annales de la régulation, vol. 1, Institut André Tunc, Centre de recherche sur la justice et le procès, Th. Revet, L. Vidal (dir.), LGDJ, Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, 659 p.

Annales de la régulation, vol. 2, Institut de Recherche juridique de la Sorbonne — André Tunc, Th. Revet, L. Vidal (dir.), Centre de recherche sur la justice et le procès Paris, IRJS Editions, Coll. Bibl. de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, André Tunc, tome 19, 2009, 670 p.

Arekian V., Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français (le cas des services publics en réseaux), Thèse dactyl. Lille II, 2003, 514 p.

Arhel P, Transparence tarifaire et pratiques restrictives, Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2009

Arsouze C., Procédures boursières : sanctions et contentieux des sanctions, Joly Éditions, Lextenso Éditions, 2009, 729 p.

Association pour l'histoire de l'électricité en France, La nationalisation de l'électricité en France : nécessité technique ou logique politique ? actes du 11e Colloque de l'AHEF, 3-5 avril 1996, éd. par L. Babel, Paris, Association pour l'histoire de l'électricité en France, coll. Histoire de l'électricité, 1997, 595 p.

Atias C., Droit civil : les biens, Paris, Litec, Coll. Manuel, 10e éd., 2009, 400 p.

Aubert J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1970, tome 109, 416 p

Aubert J.-L., Savaux É., Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, Coll Université, 13^e éd., 2010, 366 p.

Auby J.-B., Dutheil de la Rochère J. (dir.), Droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.

Auby J.-B., Moreau J., Responsabilité – Définitions. Principes. Orientation, JurisClasseur Administratif, Fasc. 801.

Auby J.-B., La globalisation, le droit et l'Etat, Collection Clefs politique, Paris, LGDJ-Lextenso éd., Coll. Systèmes Droit, 2^e éd., 2010, 264 p.

Auby J.-B., Braconnier S. (dir.), Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles, Paris, L.G.D.J., 2003, 254 pp.

Auby J.-B., Lombard M. (dir.), L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence, Actes du colloque organisé le 30 juin 2006 par la revue Droit Administratif et le Centre de recherche en droit administratif de l'Université Paris II, avec le soutien de la Commission des Affaires Economiques du Sénat, Paris, Litec, 2007, 140 pp.

Auby J.-F., Contrôle administratif (Responsabilité à l'occasion de l'exercice du contrôle), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2010

Auby J.-M., Drago R., Traité de contentieux administratif, LGDJ, 1984, 2 vol., 1014 p., 718 p.

Auby J.-M., Bon P., Auby J.-B., Terneyre P., Droit administratif des biens, Dalloz, Coll. Précis, 5e éd., 697 p.

Aucoc L., Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées, vol. 1 [Organisation et attributions des pouvoirs publics], Dunod, 1869, 1re éd., 681 p.

Aucoc L., Conférences sur l'administration et le droit administratif : faites à l'École des ponts et chaussées, Dunod, 2^e éd., 1878-82, tome 3, 967 p.

Autin J.-L., Breen E., Autorités administratives indépendantes, JurisClasseur Administratif, Fasc. 75

Autin J.-L., Intervention des Autorités Administratives Indépendantes, JurisClasseur Libertés, Fasc. 300

Bach-Hamba M., La Justice tunisienne. Organisation et fonctionnement actuels. Projet de réorganisation, 1917

Bailleul D., L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 220, 2002, 428 p.

Baranger D., Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien), Presses universitaires de France, Coll. Léviathan, 1999, 408 p.

Baranger D., Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique, P.U.F., Coll. Léviathan, 2008, 315 p.

Barthélemy J., Précis de droit public, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, 327 p. (Reproduction en fac-similé de l'éd. de Paris, Dalloz, 1937)

Beccaria C., Traité des délits et des peines. Traduit de l'italien, d'après la troisième édition revue, corrigée & augmentée par l'auteur, A. Philadelphie, 1766

Béchillon D. de, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, 577 p.

Béchillon D. de, Ricou B., Irresponsabilité de la puissance publique, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2011

Beck U., La société du risque : sur la voie d'une autre modernité, Paris, Flammarion, Coll. Champs, tome 546, 2004, 521 p.

Bénabent A., Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Lextenso Éditions, Coll. Domat Droit privé, 12^e éd., 718 p.

Benoit F.-P., Le droit administratif français, Dalloz, 1968, 897 p.

Berger V., Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Sirey, Hors collection Sirey, 12^e éd., 2011, 939 p.

Bern P., La nature juridique du contentieux de l'imposition, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public tome 109, 1972, 197 p.

Bernardini R., Personne morale, Répertoire de droit pénal, Dalloz, 2001

Bessy C., Delpeuch T., Pelisse J. (dir.), Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes, Paris, LGDJ, 2011, 358 p.

Bigot G., Introduction historique au droit administratif depuis 1789, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 2002, 390 p.

Bigot G., Bouvet M. (dir.), Regards sur l'histoire de la justice administrative, Litec, Coll. Colloques & débats 2006, 347 p.

Bilger F., La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. d'économie politique, tome 5, 1964, 318 p.

Biolay J.-J., Droit de la concurrence en matière audiovisuelle, JCI Communication, Fasc. 4300

Biolay J.-J., Droit de la concurrence appliqué aux communications électroniques », JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 142

Bioy X. (ss. la dir. de), *Constitution et Responsabilité*, 2009, Montchrestien Lextenso, coll. Grands colloques, 2009, 269 p.

Bonnard R., *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse, Droit, Bordeaux I, 1903, 164 p.

Bonnard R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration : étude de droit administratif comparé*, Dalloz, Coll. Bibl. Dalloz, 2005,

Bonneau Th., Drummond F., *Droit des marchés financiers*, Economica, Coll. Corpus — Droit privé, 3e éd., 2010, 1202 p.

Boré J., Boré L., *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 4e éd., 2008, 798 p.

Boüard F. de, *La dépendance économique née d'un contrat*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, tome 13, 2007, 517 p.

Boulloc B., *Droit pénal général*, Dalloz, Coll. Précis, 21e éd., 2009, 722 p.

Boulloc B., Stefani G., Levasseur G., *Procédure pénale*, Dalloz, Coll. Précis, 22e éd., 2010, 1074 p.

Boulouis J., Chevallier R.-M., *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, tome 1, 6^e éd., Dalloz, 1994, 434 p.

Bousta R., *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Thèse dactyl. Paris I, 2009, L'armattan, Coll. Logiques juridiques, 2010, 566 p.

Boy L., Racine J.-B., Siirainen F. (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Coll. Droit-économie internationale, 2008, 710 p.

Boyer-Capelle C., *Le service public et la garantie des droits et des libertés*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2009, 732 p.

Braconnier S., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, 590 p.

Braconnier S., *Droit des services publics*, P.U.F., Coll. Thémis Droit public, 2007, 621 p.

Braudel F., *Grammaire des civilisations*, Flammarion, Champs Histoire, 1993, 624 p.

Brault D., *Droit de la concurrence comparé : vers un nouvel ordre concurrentiel mondial ?*, Paris, Economica, 1995, 196 p.

Brault D., *Droit et politique de la concurrence*, Paris, Economica, 1997, 511 p.

Brault D., *Politique et pratique du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 2004, 775 p.

Breen E., *Gouverner et punir : le rôle de l'exécutif dans les procédures répressives*, Paris, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 2003, 226 p.

Brenner C., *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, Coll. Droit privé, 5e éd., 2007, 276 p.

Brisson J.-F., *Les recours administratifs en droit public français : contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, L.G.D.J., 1996, Bibl. de droit public, tome 185, 494 p.

Brochand C., *Histoire générale de la radio et de la télévision*, Paris, La Documentation française, 1994, 2 vol., 692p., 690 p., et tome III, 2006, 713 p.

Buisson J., Créances non fiscales des collectivités publiques, in Répertoire de contentieux administratif, juin 2010

Burke E., Réflexions sur la révolution de France, suivie d'un choix de textes écrits de 1790 à 1797, coll. Pluriel, Hachette, Paris, 1989, 816 p.

Burdeau F., Histoire du droit administratif, P.U.F., Coll. Thémis Droit public, 1995, 494 p.

Burdeau F., Histoire de l'administration française du XVIII^e au XX^e siècle, Paris, Mont-chrestien, Mont-chrestien, « Domat », 2e éd., 1994, 377 p.

Cadiet L., Jeuland E., Droit privé judiciaire, Litec, 6^e éd., 2009, 773 p.

Cadiet L., le Tourneau P., Abus de droit, Répertoire civil Dalloz, 2^e éd., 2008

Cadiet L., Normand J., Amrani Mekki A., Théorie générale du procès, P.U.F., Coll. Thémis droit, 2010, 993 p.

Calais-Auloy J., Steinmetz F., Droit de la consommation, Dalloz, Coll. Précis, 7^e éd., 2006, 681 p.

Calendri L., Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Thèse dactyl., Toulouse I, 2005 ; L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 259, 2009, 752 p.

Calmette J.-F., La rareté en droit public, Paris L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2004, 379 p.

Camous É., Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation : contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 362, 2002, 551 p.

Canivet G. (dir.) La modernisation du droit de la concurrence, L.G.D.J., Coll. Droit & économie, 2006, 486 p.

Carbonnier J., Sociologie juridique : le procès et le jugement, 1961-1962, rédigé d'après la sténotypie et avec l'autorisation de M. J. Carbonnier, Association corporative des étudiants en droit, 1961, 268 p.

Carbonnier J., Droit civil, vol. 1, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, Manuels, 2004, 2 vol., 2574 p.

Carcassonne A., Du régime légal des cours d'eau non navigables ni flottables au point de vue de l'agriculture et de l'industrie, en droit français, Paris, A. Derenne, 1882, 164 p.

Caré S., La pensée libertarienne : genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale, Paris, P.U.F., Coll. Fondements de la politique, 2009, 359 p.

Carlier P., Recherches sur les sanctions administratives, Thèse, Droit, Paris, 1945, 117 p.

Caron C., Droit d'auteur et droits voisins, Litec Coll. Manuels, 2^e éd, 2009, 564 p.

Carré de Malberg R., Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, 2 vol., 837 p. et 638 p.

Carreau D., Juillard P., Droit international économique, Dalloz, Coll. Précis, 3e éd., 2007, 744 p.

Cassia P., L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 14, 2002, 1045 p.

Castagné J., Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 57, 1964, 655 p.

Castaldo A., Lévy J.-P., Histoire du droit civil, Dalloz, Coll. Précis Droit privé, 1^e éd., 2002, 1619 p.

Cavallini J., Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais, Bruylant, 1995, 527 p.

Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA), Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier, N. Decoopman (resp. scient.), Amiens, CEPRISCA, 2000, 301 p.

Chaabouni I., La protection des personnes soumises à des contrôles fiscaux et financiers : étude comparative des contrôles de l'administration fiscale, des juridictions financières et de l'Autorité des marchés financiers, L.G.D.J., Bibl. finances publiques et fiscalité, tome 50, 2010, 477 p.

Chagny M., Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 32, 2004, 1108 p.

Chamard C., La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 33, 2004, 764 p.

Champagne G., La sanction de l'inexécution des décisions administratives concertées à caractère économique, Thèse dactyl., Poitiers, 1979, 2 vol., 762 p.

Chapier-Granier N., Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché : aspects juridiques d'une mutation, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 626 p.

Chapus R., Droit administratif général, tome 1, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, 1427 p.

Chapus R., Droit administratif général, tome 2, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 15^e éd., 2001, 797 p.

Chapus R., Droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 13^e éd., 2008, 1540 p.

Chapus R., Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, Éd. la Mémoire du droit, Coll. de la Faculté Jean Monnet, 2010, 583 p.

Chaput Y., Lévi A. (dir.), Quelles juridictions économiques en Europe ? : du règne de la diversité à un ordre européen, Lexis-Nexis, Litec, Coll. Le droit des affaires, 2007, 629 p.

Chavrier H., Droit de l'Union et des Communautés européennes et contentieux administratif, Répertoire de contentieux administratif, 2011

Chazel F., Commaille J. (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1991, 426 p.

Chebel-Horstmann N., La régulation du marché de l'électricité : concurrence et accès aux réseaux, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2006, 501 p.

- Chérot J.-Y., Droit public économique, Economica, Coll. Corpus Droit public, 2^e éd., 2007, 1032 p.
- Chevallier J., L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 97, 1970, 319 p.
- Chevallier J., L'État post-moderne, L.G.D.J., Coll. Droit et société, Série politique, tome 35, 2008, 266 p.
- Chevallier J., Le service public, P.U.F., Coll. Que sais-je ? Droit-politique, n°2359, 8e éd., 2010, 126 p.
- Chevallier J., L'État de droit, Montchrestien-Lextenso éditions, 2010, 158 p.
- Chinot R., Le privilège d'exécution d'office de l'Administration, Thèse, Paris, 1945, 199 p.
- Ciupa I., L'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'ONP comme outil d'une régulation concurrentielle, Lille, A.N.R.T., 1996, 489 p.
- Claeys A., L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2005, 1187 p.
- Clam J., Martin G. (dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et Société. Recherches et travaux, 1998, 454 p.
- Clamour G., Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 51, 2006, 1044 p.
- Claudiel E., Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, Thèse dactyl., Université de Paris X-Nanterre
- Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas, Paris II, Paris, Dalloz, 2000, 1818 p.
- Cluzel-Métayer L., Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 52, 2006, 634 p.
- Cohen D., Les juridictions de l'ordre judiciaire et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, thèse Paris II, 1984
- Cohen É., L'ordre économique mondial, essai sur les autorités de régulation, Paris, Fayard, 2001, 296 pp.
- Cohen-Tanugi L., La métamorphose de la démocratie, Paris, O. Jacob, 1989, 197 p.
- Cohen-Tanugi L., Le droit sans l'État : Sur la démocratie en France et en Amérique, Quadriges. Essais, débats, Paris, PUF, 2007, 273 pp.
- Collet M., Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Coll. Bibl. droit public tome 233, 2003, 397 p.
- Colliard C.-A., Libertés publiques, Paris, Dalloz, 3e éd., 1968, 729 p.
- Colliard C.-A., Letteron R., Libertés publiques, Dalloz, Coll. Précis, 8e éd., 2005, 569 p.
- Colliard Cl.-A., Timsit G. (dir.), Les autorités administratives indépendantes, P.U.F., Coll. Les voies du droit, tome 6, 1988, 319 p.
- Colson J.-P., Idoux P., Droit public économique, Paris, L.G.D.J., Manuel, 4e éd., 2008, 980 p.

Constantinesco V., Michel V., Compétences de l'Union européenne, in Répertoire Dalloz de droit communautaire, juin 2011

Cornu G. (dir.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8e éd., P.U.F., Coll. Quadrige, Dicos poche, 2007, 986 p.

Cornu G., Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, La Mémoire du droit, Coll. de la Faculté Jean Monnet, 2010, 298 p.

Costa J.-P., Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2011

Crucis H.-M., Sanctions administratives, JurisClasseur Administratif, Fasc. 108-40

Curien N., Économie des réseaux, Paris, La Découverte, Coll. Repères, tome 293, 2005, 123 p.

Custos D., La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information, Paris, Montréal, l'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999, 411 p.

Dareste R., Études sur les origines du contentieux administratif en France, A. Durand, Paris, 1855-1857, 127 p.

David C., Fouquet O., Plagnet B., Racine P.-F., Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 5e éd., 2009, 1135 p.

David R., Pugsley D., Les contrats en droit anglais, L.G.D.J., 2e éd., 1985, 382 p.

Debbasch C., Procédure administrative contentieuse et procédure civile, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 38, 1962, 467 p.

Decoopman, Nicole (dir.), Le désordre des autorités administratives indépendantes, L'exemple du secteur économique et financier, P.U.F., 2002,

Deglaire S., Bordier E., Électricité, service public, Paris, Berger-Levrault, Coll. L'Administration nouvelle, Série Économie générale, 1963, 3 tomes en 2 vol., 412 p.

Degoffe M., La juridiction administrative spécialisée, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 186, 1996, 559 p.

Degoffe M., Droit de la sanction non pénale, Économica, 2000, 375 p.

Degoffe M., Juridictions administratives spécialisées, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2011

Deguergue M., Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 171, 1994, 884 p.

Delaunay B., L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 172, 1993, 1003 p.

Delaunay B., La faute de l'Administration, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 252, 2007, 474 p.

Delion A., Droit des entreprises et participations publiques, Paris, LGDJ, Collection Systèmes. Finances publiques, 2003

Dellis G., Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 184, 1997, 464 p.

Delmas-Marty M., Les grands systèmes de politique criminelle, Paris, P.U.F., Thémis, Droit privé, 1992, 462 p.

Delmas-Marty M., Teitgen-Colly C., Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, Paris, Economica, 1992, 191 p.

Delmas-Marty M., Pour un droit commun, Éd. du Seuil, Coll. La librairie du XXe siècle, 1994, 305 p.

Delpérée F., L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique, Paris, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit public, tome 85, 1969, 253 p.

Delvolvé P., Droit public de l'économie, Dalloz, Coll. Précis, 1998, 799 p.

Delvolvé P., L'acte administratif, Paris, Sirey, Coll. droit public, 1983, 294 p.

Delzangles H., L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes, Thèse, Droit, Bordeaux 4, 2008, 903 p.

Demichel A., Le contrôle de l'État sur les organismes privés : essai d'une théorie générale, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 29, 1960, 740 p.

Demolombe C., Traité de la distinction des personnes et des biens, in Cours de Code Napoléon, t. IX, Paris, Durand, 1870, 738 p.

Desaulnay O., L'application de la Constitution par la Cour de Cassation, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 84, 2009, 852 p.

Dezobry G., Essentialité et droit communautaire de la concurrence (contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles), Thèse dactyl., Paris X-Nanterre, 2007, 577 p.

Dictionnaire de la justice, ss la dir. de L. Cadiet, Paris, P.U.F., 2004

Doare R., Les sanctions administratives (Contribution à l'étude du renouveau de la répression administrative), Thèse, Rennes 1, 1994

Douëb F., Les sanctions pécuniaires des autorités administratives, Lille, Atelier national de reproduction des thèses (ANRT), 2003, 373 p.

Douence J.-C., Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 81, 1968, 534 p.

Douvreur O., Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 345, 2000, 276 p.

Drago G., Contentieux constitutionnel français, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 3^e éd., 2011, 683 p.

Drago G., Lombard M., Les libertés économiques, Coll. Droit public, Paris, Panthéon-Assas, 2003, 169 pp.

Drago R., Responsabilité (Principes généraux de la), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2009

Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable, S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, et alii, Paris, Dalloz, 6^e édition, Coll. Précis Dalloz. Droit privé, 2011, 1401 p.

Dubos O., Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 4, 2001, 1015 p.

Dubos O., Droit administratif et droit communautaire, JurisClasseur Droit administratif, Fasc. n° 24

Ducouloux-Favard C., Infractions boursières – Délits et manquements boursiers, in JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 1600

Ducrocq Th., Cours de droit administratif, E. Thorin (Paris), 2^e éd., 1868

Duffy A., La protection des droits et libertés au Royaume-Uni : recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, Fondation Varenne, L.G.D.J., Collection des Thèses, n° 8, 636 p.

Du Bois de Gaudusson J., L'usager du service public administratif, Coll. Bibl. de Droit Public, Paris, L.G.D.J., tome 115, 1974, 318 p.

Duguit L., Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, conférences faites à l'École des hautes études sociales, F. Alcan (Paris), 1908, 154 p.

Duguit L., Traité de droit constitutionnel, tome 1, 1^{re} éd., Paris, Fontemoing et cie, 1911, 2 vol., 570 p., 558 p.

Duguit L., Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Éd. La Mémoire du Droit, 1999, 206 p. (rééd. F. Alcan, 1912)

Duguit L., Les transformations du droit public, A. Colin (Paris), 1913, 285 p.

Dupré de Boulois X., Le pouvoir de décision unilatérale : étude de droit comparé interne, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 248, 2006, 444 p.

Dupuis G., Guédon M.-J., Chrétien P., Droit administratif, Sirey, Dalloz, Coll. Sirey université, 12^e éd., 2010, 727 p.

Dupuy-Busson S., La liberté cinématographique en France et en Europe : garanties et limites, Thèse, Paris II, 2002, 547 p.

Duroy S., La distribution d'eau potable en France : contribution à l'étude d'un service public local, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, tome 177, 1996

Durup de Baleine A., Domaine public, Télécommunications, JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 77

Durupt M., Les entreprises publiques, tome 1, Rôle économique, cadre juridique, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 1986, 407 p.

Dutheil de la Rochère J. (dir.), L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux, Centre de droit européen Paris, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Colloques, tome 7, 2009, 298 p.

Eckert G., Droit administratif et commercialité, Thèse dactyl., Université Robert Schuman (Strasbourg III), 1994, 854 p.

Eckert G., Droit public des affaires, Paris, Montchrestien, Coll. Focus droit, 2001, 215 p.

Eisenman C., Cours de droit administratif, L.G.D.J., 1982-1983, 2 vol., 786 p., 908 p.

Eisenmann C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Droit public, Coll. Les introuvables, 2002, 668 p.

Encinas de Munagorri R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 254, 1995, 551 p.

Eudier F., *Jugement*, Répertoire Dalloz de procédure civile, 2010

Éveillard G., *Les dispositions transitoires en droit public français*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 62, 2007, 988 p.

Fabre P., *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, 2001, 401 p.

Farjat G., *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 37, 1963, 543 p.

Farjat G., *Droit économique*, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2e éd., 209 p.

Farjat G., *Pour un droit économique*, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 2004, 209 p.

Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Pfersmann O., Roux A., Scoffoni G., Mestre J.-L., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Coll. Précis, 13^e éd., 2010, 1070 p.

Favoreu L., Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, R. Ghevontian, A. Roux, P. Gaïa et al. (coll.), Paris, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 15^e éd., 2009, 863 p.

Favoreu L., Renoux T. S., *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, 206 p.

Ferreira N., *La coercition en droit public français*, Thèse dactyl., Paris 1, 2000, 600 p.

Fin-Langer L., *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 366, 2002, 651 p.

Fines F., *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne : de la référence aux principes généraux communs à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit international, tome 101, 1990, 501 p.

Fleury C., *Institution au droit français*, Auguste Durand, 1858, 2 vol., 464 p., 408 p.

Fortsakis T., *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 152, 1987, 542 p.

Fontaine M., Ghestin J. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 261, 1996, 676 p.

Fravalo A., *La régulation juridique dans le domaine économique*, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2003, 566 p.

Frier P.-L., *L'urgence*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 150, 1987, 600 p.

Frier P.-L., *Motifs (contrôle des)*, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2011

Frier P.-L., Petit J., *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2010, 6^e éd., 568 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de sciences-Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 1, 2004, 205 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Presses de sciences-Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 2, 2004, 192 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), Les risques de régulation, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005, 334 p.

Frison-Roche M.-A., Payet M.-S., Droit de la concurrence, Dalloz, Coll. Précis Dalloz Droit privé, 2006, 451 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), Les engagements dans les systèmes de régulation, Presses de Sciences-Po, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 4, 2006, 288 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), Responsabilité et régulation économique, Presses de Sciences-Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol.5, 2007, 194 p.

Frison-Roche M.-A. (dir.), La régulation des secteurs de la santé, Presses de Sciences-Po, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 6, 2011, 182 p.

Fouletier M., Recherches sur l'équité en droit public français, Coll. Bibl. de droit public, tome 229, L.G.D.J., 2003, 298 p.

Foucault M., Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France (1977-1978), éd. établie sous la dir. de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Gallimard, Seuil, Coll. Hautes études n°598, 2004, Leçon du 18 janvier 1978, 435 p.

Foucault M., Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France : 1978-1979, éd. établie sous la dir. de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Gallimard, Seuil, Coll. Hautes études 2004, 355 p.

Gahdoun P.-Y., La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, Dalloz, Coll. Nouv. Bibl. de thèses, vol. 76, 2008, 415 p.

Gahdoun P.-Y., Liberté contractuelle, JurisClasseur Civil Annexes, Libertés, Fasc. 20

Gaillard E., Le pouvoir en droit privé, Economica, Coll. Droit civil. Études et recherches, 1985, 250 p.

Galanis T., Droit de la concurrence et régulation sectorielle : l'exemple des communications électroniques, Bruylant, 2010, 1124 p.

Garreau R., Le Local Government en Grande-Bretagne, Thèse Paris, 1959, 261 p.

Gaudemet Y., Les méthodes du juge administratif, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 108, 1972, 321 p.

Gaudemet Y., Laubadère A. de, Traité de droit administratif, tome 1, Droit administratif général, 16e éd., Paris, LGDJ, 2001, 918 p.

Gaudemet Y., Traité de droit administratif, tome 2, Droit administratif des biens : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 2007, 618 p.

Gaudemet Y., Droit administratif, L.G.D.J., Coll. Manuel, 19e éd., 2010, 550 p.

Gaudemet Y., Appel, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2011

Gavalda Ch., Parleani G., Droit des affaires de l'Union européenne, Paris, Litec, Coll. Manuel, 5e éd., 2006, 583 p.

Gazier F., Procédure administrative contentieuse (Principes généraux de la), Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010

Géa F., Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle, Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, Thèse dactyl., Nancy 2, 4 tomes ; Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2009, 4 vol., 2292 p.

Genevois B., Principes généraux du droit, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, octobre 2004

Gentot M., Les autorités administratives indépendantes, Coll. Clefs Politique, Paris, Montchrestien, 1994, 570 pp.

Gérard P., Ost F., Van de Kerchove M. (dir.), L'accélération du temps juridique, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, tome 83, 2000, 931 p.

Gérard P., Ost F., Van de Kerchove M. (dir.), Droit négocié, droit imposé ?, Facultés universitaires Saint-Louis, Coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, tome 72, 1996, 703 p.

Gervais A., Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public, Thèse, Droit, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1942, 203 p.

Ghenima M., Les sanctions administratives en dehors de la fonction publique, Thèse, Bordeaux, 1955, 202 p.

Giltard D., Urgence (Procédures d'), Répertoire de contentieux administratif, 2010

Gineste H., La notion d'exécution des actes administratifs unilatéraux, Thèse, Toulouse I, 1987, 400 p.

Giraudier V., Les bastilles de Vichy : répression politique et internement administratif : 1940-1944, Paris, Tallandier, 2009, 268 p.

Gjidara M., La fonction administrative contentieuse : étude de science administrative, L.G.D.J., Bibl. de science administrative tome 5, 1972, 473 p.

Glaab K., L'exécution forcée des décisions de l'administration : Une comparaison franco-allemande, Thèse Université Paris 1 — Pantheon – Sorbonne, Universität des Saarlandes, 2009

Gohin O., La contradiction dans la procédure administrative contentieuse, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 151, 1988, 495 p.

Gohin O., Institutions administratives, LGDJ, Coll. Manuel, 4e éd., 2006, 854 p.

Gonod P., Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, LGDJ, Bibl. de droit public n° 190, 446 p.

Gonod P., Melleray F., Yolka P. (ed.), Traité de droit administratif, Paris, Dalloz, 2011, 2 tomes

Gonzalez G., Utilisations commerciales du domaine public – Droit de la concurrence, JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 79-50

Goodnow F. G., Les principes du droit administratif des États-Unis (traduit par Albert et Gaston Jèze), Giard et E. Brière, 1907.

Gousseau J.-L., Recherches sur les autorisations administratives individuelles dans l'interventionnisme économique de l'État, Thèse dactyl., Poitiers, 1976, 2 tomes, 428 p. et 374 p.

Grynfolgel C., Sanctions du droit communautaire de la concurrence, JurisClasseur Commercial, Fasc. 287

Guédon M.-J., Les autorités administratives indépendantes, L.G.D.J., Coll. Systèmes, 1991, 142 p.

Guettier C., Institutions administratives, Dalloz, Coll. Cours Dalloz Série Droit public, 2e éd., 2002, 436 p.

Guettier C., Irresponsabilité de la puissance publique (régimes législatifs, réglementaires et jurisprudentiels), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2009

Guglielmi G. J., La notion d'administration publique dans la théorie juridique française : de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889), L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 157, 1991, 378 p.

Guglielmi G. J., Koubi G., Droit du service public, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public 2^e éd., 2007, 755 p.

Guillaume E., Beaugonin C., Audiovisuel (Contentieux de l'), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2010

Guillaume E., Coudray L., Autorités de régulation (Contentieux des), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2011

Guillou B., Padioleau J.-C., La régulation de la télévision, La documentation française, Paris 1988, 154 p.

Guinchard A., Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale : du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire, L.G.D.J., Coll. Bibl. des sciences criminelles, tome 38, 2003, 663 p.

Guinchard S., Buisson J., Procédure pénale, LexisNexis-Litec, Coll. Manuel, 2010, 1485 p.

Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., Procédure civile, 1e éd., Dalloz, Coll. HyperCours, 2009, 747 p.

Guinchard S., Montagnier G., Varinard A., Debard T., Institutions juridictionnelles, Dalloz, Coll. Précis, 10e éd., 1104 p.

Gurvitch G., La déclaration des droits sociaux, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, 174 p.

Habermas J., Droit et démocratie : Entre faits et normes, Paris, Gallimard, Coll. Essais, 1997, Trad. de « Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats », 1992, 551 p.

Hagenau-Moizard C., L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand, Bruylant, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Collection de droit international, n°30, 1995, 619 p.

- Haïm V., Impartialité, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2011
- Haïm V., Recours de pleine juridiction, Répertoire de contentieux administratif, 2011
- Hakim N., Melleray F. (études réunies par), Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009, 330 p.
- Halpérin J.-L., Histoire des droits en Europe : de 1750 à nos jours, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 2006, 382 p.
- Hamon F., Troper M., Droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J., Coll. Manuel, 31^e ed., 2009, 914 p.
- Hauriou M., Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, 1150 p.
- Hayek F. A., Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie, (Trad. de : « Law, legislation and liberty »), Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2007, 947 p.
- Hecquard-Théron M., Essai sur la notion de réglementation, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 126, 1977, 287 p.
- Henrion de Pansey P.-P.-N., De l'autorité judiciaire en France, T. Barrois père (Paris), 1818, 587 p.
- Henry C., Quinet É., Concurrence et service public, textes des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel Boiteux, Economiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 494 pp.
- Hervieu M., Les autorités administratives indépendantes et le droit commun des contrats, Thèse dactyl., Paris 2, 2010, 775 p.
- Hindré-Guéguen M., Responsabilité (des États membres), Répertoire de droit communautaire, 2006 (dernière mise à jour : avril 2010)
- Histoire des idées politiques, tome 2, Du XVIII^e siècle à nos jours, J. Touchard (dir.), avec la collab. de L. Bodin, P. Jeannin, G. Lavau, J. Sirinelli, 2^e éd., Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2005, 383 p.
- Hoepffner H., La modification du contrat administratif, Thèse dactyl., Droit public, Paris 2, 2008, 620 p.
- Hostache R., Le Conseil national de la Résistance : les institutions de la clandestinité, Paris, P.U.F., Coll. Esprit de la Résistance, 1958, 498 p.
- Hostiou R., Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 119, 1974, 353 p.
- Hauriou M., Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, rééd. de la 13^e éd., 1150 p.
- Hubrecht H.-G., Droit Public Economique, Cours Dalloz. Série Droit public-Science Politique, Paris, Dalloz, 1997, 366 pp.
- Idoux P., La contradiction en droit administratif français, Fac. de droit de Montpellier, Thèses, 2006, 924 p.

Isaac G., La procédure administrative non contentieuse, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public tome 79, 1968, 732 p.

Isaac G., Blanquet M., Droit général de l'Union européenne, Sirey, Coll. Université, 9e éd., 2005, 539 p.

Israël J.-J., Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier, Paris, Université Paris Val de Marne, 2001, 443 p.

Jadot B., Ost F. (dir.), Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?, Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Travaux et recherches, Facultés universitaires Saint-Louis, tome 39, 1999, 253 p.

Jamin C., Mazeaud D. (dir.), L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque, 9 janvier 1998, Économica, Coll. Études juridiques, tome 9, 1999, 103 p.

Jamin C., Mazeaud D. (dir.), La nouvelle crise du contrat, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires 2003, 260 p.

Jeanneney P.-A., Macaire A., Communications électroniques (Contentieux des), Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2011

Jeuland E., Droit processuel : une science de la reconstruction des liens de droit, L.G.D.J., Coll. Manuel, 2007, 614 p.

Jèze G., Les contrats administratifs, Giard, 1927, 4 vol.

Jongen F., La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1994, 544 p.

Jurisprudence générale, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz, tome 3, v° Commune

Jurisprudence générale, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, de MM. Dalloz, Tome 15

Karpenschif M., Nourissat C. (dir.), Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2010, 420 p.

Kovar J.-P., L'État et les modes d'organisation du marché, Thèse dactyl., Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, 714 p.

Kovar R., Actes juridiques unilatéraux de l'Union européenne, in Répertoire de droit communautaire, Dalloz, 2011

Kovar R., Simon D. (dir.), Service Public et Communauté Européenne : entre l'intérêt général et le marché, actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, travaux de la CEDECE, Paris, La Documentation française, tomes 1 et 2, 1998.

Krynen J., L'état de justice : France, XIIIe-XXe siècle. I, L'idéologie de la magistrature ancienne, Paris, Gallimard, Coll. Bibl. des histoires, tome 122, 2009, 326 p.

Ktistaki S., L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, Coll. Bibl. de droit public, tome 162, 472 p.

Kuisel R. F., Le capitalisme et l'État en France : modernisation et dirigisme au XXe siècle, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1984, 476 p.

La concurrence, Société de législation comparée, Coll. Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, tome LVI, 2010

La Mare N. de, Traité de la police, Paris, Chez Michel Brunet, 1719-1738

Lachaume J.-F., Violation de la règle de droit, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010

Laferrière É., Traité, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, LGDJ, 1989, 2e éd., tome 1er, 670 p.

Laget-Annamayer A., La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité, Bruylant, L.G.D.J., 2002, 546 p.

Lalande A., Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige n° 133, 1991, 1323 p.

Lamy Droit Immobilier, Paris, Lamy, Édition 2010

Lamy Droit des Médias et de la Communication, Paris, Lamy, Édition 2009

Lamy Droit du contrat, Paris, Lamy, Édition 2010

Lamy Droit Economique, Paris, Lamy, Édition 2010

Lamy Droit public des affaires, Paris, Lamy, Édition 2009

Landon P., Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue, Sirey, 1942, p. 109, tome 71, 257 p.

Landousy J., La liberté du commerce et de l'industrie et la police locale, Thèse, Droit, Paris, P.U.F., 1934, 268 p.

Laubadère A. de, L'automobile et le régime de l'usage des voies, Sirey, 1935, 279 p.

Laubadère A. de, Traité de droit administratif, tome 1, L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative, Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1973, 743 p.

Laubadère A. de, Traité de droit administratif, tome 2, La fonction publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics, la construction, l'urbanisme, l'aménagement du territoire, les actions foncière et rurale, Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1975, 534 p.

Laubadère A. de, Delvolvé P., Moderne F., Traité des contrats administratifs, tome 1, La notion de contrat administratif, la formation des contrats administratifs, l'exécution des contrats administratifs (principes généraux), Paris, LGDJ, 2e éd. 1983, 808 p.

Laubadère A. de, Delvolvé P., Moderne F., Traité des contrats administratifs, tome 2, Les obligations du cocontractant et de l'administration, les interventions de l'administration, l'incidence des faits nouveaux, la fin des contrats, le contentieux des contrats, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1984, 1124 p.

Lebreton G., Libertés publiques et droits de l'homme, Sirey, Coll. Université, 8e éd., 2009, 569 p.

Le Chatelier G., Transaction, Répertoire de contentieux administratif, 2005, (dernière mise à jour : mars 2010)

Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique, colloque, Paris, 11 et 12 mai 1990, CERAP (org.), G. Dupuis (dir.), Economica, 1991, 259 p.

Legrand A., L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration, L.G.D.J., Coll. Bibl. de science administrative, tome 2, 1970, 549 p.

Lemaire E., Grande robe et liberté La magistrature ancienne et les institutions libérales, P.U.F., Coll. Léviathan, 2010, 375 p.

Levêque F., Économie de réglementation, Paris, La Découverte, Repères, 2004, 122 p.

Lewkowicz G., Xifaras M., (dir.), Repenser le contrat, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009, 305 p.

Linotte D., Romi R., Droit public économique, Paris, LexisNexis, Litec, Manuel, 6e éd., 2006, 456 p.

Leborgne A., Voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz, Coll. Précis Droit privé, 1^e éd., 2009, 1002 p.

Lefébure M., Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, L.G.D.J., Coll. Bibli. de droit public, tome 35, 1961, 197 p.

Lefondré M., Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, Thèse, Caen, 1973, 509 p.

Le Gac-Pech S., La proportionnalité en droit privé des contrats, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 335, 2000

Légal A., Brethe de la Gressaye J., Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées, Sirey, Paris, 1938, 539 p.

Legrand A., Incompétence, Répertoire Dalloz de Contentieux administratif, février 2001

Lianos I., La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique, Bruylant, 2007, 1698 p.

Lokiec P., Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 408, 2004, 500 p.

Lombard M. (dir.), Régulation économique et démocratie, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires. Actes, tome 46, 2006, 248 p.

Lombard M., L'État schizo. Le prochain krach, EDF, la SNCF ou la Poste ?, Paris, J.-C. Lattès, 2007, 336 pp.

Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P., Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris : Dalloz, Coll. Grands arrêts, 17^e éd., 2011, 980 p.

Loyrette S., Le contentieux des abus de marché : procédure de sanction de l'AMF, information financière, opérations d'initiés, manipulations de cours, Joly éd., 2007, 412 p.

Lucas de Leyssac Cl., Parléani G., Droit du marché, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 1^e éd., 2002, 1033 p.

Mackaay E., Rousseau S., Analyse économique du droit, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2e éd., 2008, 728 p.

Macarel L.-A., Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, Roret, 1828, 581 p.

Maddalon P., La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, tome 253, 2007, 396 p.

Madiot Y., Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 103, 1971, 390 p.

Mail-Fouilleul S., Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit international et communautaire, tome 118, 2002, 665 p.

Maisonneuve M., L'arbitrage des litiges sportifs, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 267, 2011, 608 p.

Majone G., La Communauté européenne : un Etat régulateur, Collection Clefs politique, Paris, Montchrestien, 1996, 158 pp.

Malaurie P., L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S., Éd. Matot-Braine, 1953, 278 p.

Mamontoff C., Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché, L'Harmattan, Coll Logiques juridiques, 2003, 504 p.

Marais B. du, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, 601 p.

Marcangélo-Léos P., Pluralisme et audiovisuel, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit public, tome 240, 2004, 678 p.

Marcou G. (dir.), Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques 1995, 351 p.

Marcou G., Moderne F. (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2005, 309 p.

Marcou G., Moderne F. (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 2, Expériences européennes, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2005, 457 p.

Martres J.-L., Caractères généraux de la police économique, Thèse dactyl., Droit, Bordeaux, 1964, 4 vol., 144 p., 163 p., 183 p., 213 p.

Martin-Pannetier A., Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 63, 1966, 358 p.

Mathieu B., La loi, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, 138 p.

Mayaud Y., Droit pénal général, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental Classiques, 3^e éd., 2010, 647 p.

Mayer O., Le droit administratif allemand, tome 2, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903-1906

Mboup I., L'unilatéralité de l'acte administratif unilatéral décisive, Thèse dactyl., Université Aix-Marseille 3, 2010, 524 p.

Méadel J., Les marchés financiers et l'ordre public, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 478, 2007, 528 p.

Mehdi R., Ordre juridique communautaire – Primauté du droit communautaire, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. n° 196

- Meillier P., Responsabilité extracontractuelle de l'administration en France et en Angleterre (étude comparative), Thèse dactyl., Lille 2, 1997, 448 p.
- Mekhantar J., Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale, Thèse dactyl., Paris II, 1990
- Mekki M., L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Paris, LGDJ, 2004, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 411, 910 p.
- Melleray F., Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 212, 2001, 466 p.
- Melleray F. (dir.), Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, 386 p.
- Melleray F., Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation), Répertoire de contentieux administratif, 2011
- Menétrey S., *L'amicus curiae*, vers un principe commun de droit procédural ?, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 97, 2010, 506 p.
- Menuret J.-J., Le contentieux du conseil de la concurrence, Clermont-Ferrand, P.U. de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Paris, L.G.D.J., 2002
- Mestre J.-L., Introduction historique au droit administratif français, PUF, 1^{re} éd., 1985, 294 p.
- Mettoudi R., Les fonctions quasi juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, Thèse Nice, 2004, 586 p.
- Miaille M. (dir.), La régulation entre droit et politique, Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, 271 p.
- Milano L., Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 57, 2006, 674 p.
- Millard É., Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 182, 1995, 502 p.
- Miquel P., Histoire de la radio et de la télévision, Paris, Richelieu, Coll. L'univers contemporain n° 8, 1973
- Mockle D., La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique, Bruylant, Coll. Mondialisation et droit international, tome 11, 2007, 299 p.
- Moderne F., Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines, Paris, Economica, Coll. Droit public positif, 1993, 341 p.
- Moderne F., Marcou G., L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne, Budapest, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, 415 p.
- Molinier J., Principes généraux, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, août 2008
- Molins F., Action publique, Répertoire de droit pénal, Dalloz 2009

Molfessis N., Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 287, 1997, 602 p.

Montesquieu Ch.-L. de Secondat de La Brède et de, De l'esprit des lois, Dalibon, 1822.

Motulsky H., Droit processuel, Montchrestien, 1973, 294 p.

Mourgeon J., La répression administrative, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 75, 1967, 643 p.

Munch J.-P., La sanction administrative, Thèse dactyl., Paris, 1947, 232 p.

Muscat H., Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2001, 512 p.

Nabli B., L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne : étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire : le cas français, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 63, 2007, 669 p.

Napoli P., Naissance de la police moderne : pouvoir, normes, société, Paris, Éd. La Découverte, Coll. Armillaire, 2003, 307 p.

Narayan-Fourment H., L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix dans les ventes commerciales et les contrats-cadre, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 566 p.

Négrin J.-P., L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 102, 1971, 363 p.

Nezard H., Les principes généraux du droit disciplinaire, Thèse, Droit, Paris, 1903, 427 p.

Nicinski S., L'usager du service public industriel et commercial, Paris, Montréal, Budapest, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, 564 p.

Nicinski S., Droit public des affaires, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2^e éd. 2010, 720 p.

Noguellou R., Stelkens U. (dir.), Droit comparé des contrats publics, Bruylant, Coll. Droit administratif/Administrative law, n° 5, 2010, 1012 p.

Oosterlynck É., Propriété – Éléments. Caractères. Limitations, JurisClasseur Civil Code, Art. 544, Fasc. 10

Pacteau B., Traité de contentieux administratif, P.U.F., Coll. Droit fondamental Traités, 2008, 646 p.

Paine T., Les droits de l'homme, Paris, Belin, 1987, 287 p.

Péano D., Recours pour excès de pouvoir, Contrôle de la légalité interne, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1152

Peiser G., Le Recours en cassation en droit administratif français : Évolution et régime actuel, Thèse, Nancy, 1957, 520 p.

Perrin A., L'injonction en droit public français, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2009, 917 p.

Petit J., Les conflits de lois dans le temps en droit public interne, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 195, 2002, 662 p.

Philippe X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, *Économica*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p.

Picard É., La notion de police administrative, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public tome 146, Univ. de Rouen, 1984, 2 vol., 926 p.

Picod Y., Davo H., Droit de la consommation, 1e éd., Sirey, Coll. Université, 2005, 371 p.

Poesy R., « Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : Étude des rapports entre le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence, Thèse dactyl., Nice, 2000, 498 p.

Poncela P., Droit de la peine, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2^e éd., 2001, 479 p.

Popovic D., Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques, LGDJ-Lextenso éd., Collection Bibl. de droit international et communautaire, tome 122, 2009, 335 p.

Poughon J.-M., Histoire doctrinale de l'échange, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 194, 1987, 285 p.

Pradel J., Droit pénal général, Éditions Cujas, 18e éd., 2010, 726 p.

Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (coord.), Société de législation comparée, Coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008

Putman E., Contentieux économique, 1^e édit., P.U.F., Coll. Thémis. Droit privé, Paris 1998, 609 p.

Rainaud J.-M., La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel, Paris, LGDJ, Bibl. de droit public, tome 73, 1966, 210 p.

Rainaud J.-M., Cristini R., Droit public de la concurrence, *Economica*, 1987, 288 p.

Rainaud J.-M., La crise du Service Public français, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n°3482, 1999, 127 pp.

Renoux T. S., Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la), Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, janvier 1992 (dernière mise à jour : mars 2010).

Renucci J.-F., Droit européen des droits de l'homme : contentieux européen, LGDJ, Coll. Manuels, 4e éd., 2010, 478 p.

Richer L., Arbitrage et conciliation, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, mars 2001

Richer L., Droit des contrats administratifs, LGDJ — Lextenso-éditions, Coll. Manuel, 7^e éd., 2010, 713 p.

Richer L. (coord.), Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché, traduction du texte d'E. Chadwick, L.G.D.J., Coll. Bibl. de l'Institut André Tunc, Tome 11, 2007.

Rideau J., Sources non écrites du droit de l'union européenne, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 191

Rideau J., Droit institutionnel de l'Union européenne, L.G.D.J., Coll. Manuel, 2010, 1281 p.

- Rifkin J., *L'âge de l'accès : La nouvelle culture du capitalisme*, Editions La Découverte, 2005, traduction de M. Saint-Upéry (titre original : *The age of access, the new culture of hypercapitalism where all of life is a paid-for experience*), 395 p.
- Rivero J., *Les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Sirey, 1934, 403 p.
- Robert J., *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration : le problème des responsabilités*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 1, 1956, 328 p.
- Robert J., Duffar J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat. Droit public, n°109, 8e éd., 907 p.
- Rodrigues S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Paris, Éd. Tec et doc, 2000, 694 p.
- Röpke W., *La crise de notre temps*, traduction française de « *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart* », Payot, Coll. Petite bibliothèque Payot, tome 16, 1962, 327 p.
- Rosanvallon P., *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, Coll. Points Politique, 1989, 251 p.
- Rosanvallon P., *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Points, Coll. Points Essais n° 641, 2010, 367 p.
- Rougier L., *Colloque Walter Lippmann*, Paris, Libr. de Médicis, 1939, 112 p.
- Royer G., *L'efficacité en droit pénal économique*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit, économie, 2009, 520 p.
- Ruiz Fabri H. (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, tome 4, 2003, 290 p.
- Saint-Bonnet F., Sassier Y., *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 2008, 3e éd., 468 p.
- Saintourens B. (dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires : actes du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC) à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*, Paris, Litec, Collection Colloques et débats, tome 24, 2009.
- Sandevor P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 56, 1960, 459 p.
- Santiago Junior F. A., *La régulation du secteur électrique en France et au Brésil*, Thèse dactyl., Paris 1, 2007, 432 p.
- Saracci F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications, exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3 et La Sapienza, 2003, 564 p.
- Savatier R., *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 1945, 149 p.
- Schwartzberg R.-G., *L'autorité de chose décidée*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 93, 1969, 452 p.

Sée A., La regulation du marché en droit administrative, Étude critique, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2010, 794 p.

Seiller B., « Acte administratif », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz,

Sénors F., Imputabilité du préjudice, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2011

Serna J.-C., Le refus de contracter, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome n° 76, 1967, 233 p.

Serrand P., Manuel d'institutions administratives françaises, P.U.F., Coll. Droit fondamental Manuels, 2^e éd., 2007, 333 p.

Serrigny D., Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil, A. Durand, 1865, 604 p.

Serverin E., Lascoumes P., Lambert T., Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public, Paris, Economica, 1987, 256 p.

Sibony A.-L., Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, L.G.D.J., Coll. Droit & Économie 2008, 883 p.

Simon D., Directive, Répertoire Dalloz de droit communautaire, 2011

Sirinelli J., Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne : une contribution à l'étude du droit administratif européen, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 266, 2011, 617 p.

Sofianatos G. A., Injonctions et engagements en droit de la concurrence : étude de droit communautaire, français, grec, L.G.D.J.-Lextenso éd., Bibl. de droit privé, Tome 506, 2009, 689 p.

Sorasio D., Commission, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, 1995

Souty F., La politique de concurrence au Royaume-Uni, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n°3033, 1995, 126 pp.

Souty F., La politique de concurrence aux États-Unis, coll. Que-sais-je ?, Paris, PUF, n° 2945, 1995, 127 pp.

Souty F., Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne, Coll. Clefs politique, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 2003, 159 pp.

Stasiak F., Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, Thèse dactyl., Nancy II, 1995, 428 p.

Stasiak F., Autorités administratives indépendantes (AAI), in Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, 2011

Stassinopoulos M. D., Traité des actes administratifs, Institut français d'Athènes, Coll. de l'Institut français d'Athènes, tome 82, 1954, 315 p.

Stoffel-Munck P., L'abus dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, 649 p.

Sudre F., Picheral C. (dir.), L'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires : les contraintes européennes, Institut de droit européen des droits de l'homme, 2002, 381 p.

Sudre F., Marguénaud J.-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A., Levinet M., Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 4e éd., 2007, 854 p.

Sudre F., Convention européenne des droits de l'homme, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 6526, 2008

Sudre F., Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental Classiques, 10^e éd., 2010, 925 p.

Sueur P., Histoire du droit public français, tome II, PUF, Coll. Themis Droit, 4^e éd., 2007, 601 p.

Supiot A., Critique du droit du travail, P.U.F., Coll. Quadrige Essais, débats, 2007, 280 p.

Tallon D., La détermination du prix dans les contrats : étude de droit comparé, Paris, A. Pedone, Coll. Harmonisation du droit des affaires, 1989, 148 p.

Tamzini W., Recherches sur la doctrine de l'administration, Thèse dactyl., Université Paris I, 2007, 508 p.

Tchen V., « Police administrative », Jcl Administratif, Fasc. 200

Tchen V., Exécution de l'acte administratif, Jcl Administratif, Fasc. 108-10

Teitgen-Colly C., La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, Économica, Coll. Recherches Panthéon-Sorbonne, Série Sciences juridiques, tome 6, 1981, 536 p.

Tercinet M.-R., L'acte conservatoire en droit administratif, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 132, 1979, 226 p.

Terneyre Ph., Interventions économiques, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2006

Terneyre P., La volonté des parties, source du droit des marchés publics ?, Droit des marchés publics, Éditions du Moniteur, 2009

Terré F., Introduction générale au droit, Dalloz, Coll. Précis, 8^e éd., 2009, 656 p.

Terré F., Lequette Y., Simler P., Droit civil : les obligations, Dalloz, Coll. Précis Droit privé, 10^e éd., 2009, 1542 p.

Timsit G., Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, Paris, L.G.D.J., Bibl. de droit public, tome 54, 1963, 329 p.

Timsit G., Thèmes et systèmes de droit, P.U.F., Coll. Les Voies du droit, 1986, 205 p.

Timsit G., Gouverner ou juger : blasons de la légalité, Paris, P.U.F., Coll. Les Voies du droit, 1995, 126 p.

Timsit G., Les figures du jugement, Paris, P.U.F., Coll. Les Voies du droit, 1993, 204 p.

Timsit G., Archipel de la norme, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1997, 252 p.

Thomas J., L'indépendance du Conseil constitutionnel, Thèse dactyl., Paris 1, 2009, 499 p.

Thomasset-Pierre S., L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 393, 2003, 519 p.

Tocqueville A. de, L'ancien régime et la Révolution, Gallimard, Coll. Folio histoire, 1995, 378 p.

Tocqueville A. de, De la démocratie en Amérique, Paris, 1835

Tomasi M., La concurrence sur les marchés financiers : aspects juridiques, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 375, 2002, 418 p.

Torre-Schaub M., Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit privé, tome 363, 2002, 409 p.

Touchard J. et alii, Histoire des idées politiques, 2 vol., tome 2, Du XVIII^e siècle à nos jours, Paris, P.U.F., Coll. Quadrige, 2e éd., 2005, 383 p.

Tournadre-Plancq J., Au-delà de la gauche et de la droite, une troisième voie britannique ?, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses Science politique, tome 6, 2006, 273 p.

Touzeil-Divina M., La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative, Éd. la Mémoire du droit, 2009, 309 p.

Troger F., Principes de fixation du tarif, in Délégation de service public, Éditions du Moniteur, 2009

Troper M., La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, L.G.D.J., Bibl. constit. et de science politique, tome 48, 1973, 251 p.

Truchet D., Droit administratif, Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2e éd., 470 p.

Untermaier É., Les règles générales en droit public français, Thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon 3, 732 p.

Vandersanden G., Référé, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, 2009

Vedel G., Cours de droit administratif, licence, 2^e année, Cours de droit, 1966-1967, 1257 p.

Viché G., La sanction professionnelle Notion de droit administratif nouveau, Thèse, Montpellier, 1948, 383 p.

Vidal L., L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1392 p.

Vignon-Belliard A., L'apport du droit pénal à la moralisation du marché boursier, Thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, 2011, 689 p.

Villey M., Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit, Dalloz, Coll. Bibl. Dalloz, 2001, 339 p.

Vincent F., Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 70, 1966, 277 p.

Vinckel F., Droit de l'exécution, Présentation générale, Jcl Voies d'exécution, Fasc. 120

Viney G., Jourdain P., Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, J. Ghestin (dir.), L.G.D.J., Coll. Traité, 3e éd., 2006, 1397 p.

Viney G., Introduction à la responsabilité, L.G.D.J., 3^e éd, Coll Traité de droit civil, 2008, 693 p.

Vivien A. F., *Études administratives*, Librairie de Guillaumin, 2 vol., 1852

Waline J., *Droit administratif*, Dalloz, Coll. Précis, 23e éd., 2010, 728 p.

Waline M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1936, 688 p.

Waline M., *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 9^e éd., 1963, 639 p.

Warloutzet L., *Le choix de la CEE par la France. Les débats économiques de Pierre Mendès-France à Charles de Gaulle (1955-1969)*, Paris, CHEFF, 2011,

Weber M., *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., Coll. Recherches politiques, 1986, 242 p.

Xifaras M., *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, P.U.F., Coll. Fondements de la politique, Série Essais, 2004, 539 p.

Yolka P., *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 191, 1997, 649 p.

II — *Ouvrages anglophones*

Abbot C., *Enforcing Pollution Control Regulation : Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2009

Abel-Smith B., Stevens R., *Lawyers and the courts ; a sociological study of the English legal system, 1750-1965*, London, Heinemann, 1967

Abel-Smith B., *In search of justice : law, society and the legal system*, London, Allen Lane, 1968

Alexander G. S., *Commodity and propriety : competing visions of property in American legal thought, 1776-1970*, Chicago, Ill., University of Chicago Press, 1997

Allison J. W. F., *A Continental Distinction in the Common Law A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 2000

Amato G., *Antitrust and the bounds of power : the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, 1997,

Andenas M. (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, 1998

Arancibia J., *Judicial Review of Commercial Regulation*, Oxford University Press, 2011

Archbold Criminal Pleading Evidence & Practice, 2010 Ed

Arrowsmith S., *Civil liability and public authorities*, Winteringham, South Humberside, Earlsate Press, 1992

Arthurs H., « Without the law » : administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1986

Atiyah P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1979

Ayres I., Braithwaite J., *Responsive Regulation : transcending the deregulation debate*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992

Bailey S., *Cross on principles of local government law*, London, Sweet & Maxwell, 1992

- Baldwin R., *Regulating the airlines : administrative justice and agency discretion*, Oxford, Clarendon, 1985
- Baldwin R., McCrudden Ch., *Regulation and public law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987
- Baldwin R., Scott C., Hood C., *A reader on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998
- Baldwin R., Cave M., *Understanding regulation : theory, strategy, and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Bamforth N., Leyland P. (ed.), *Public law in a multi-layered constitution*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2003
- Barker A. (ed.), *Quangos in Britain : government and the networks of public policy-making*, London, Macmillan, 1982
- Baumol W. J., Panzar J. C., Willig R. D., *Contestable markets and the theory of industry structure*, avec les contributions de E. E. Bailey, D. Fischer, H. C. Quirnbach, New York, London, Harcourt Brace Jovanovich, 1982
- Beatson J., Forsyth C., Hare I. (eds), *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999
- Bentham J., *The works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, W. Tait, London, Simpkin, Marshall, 1843, vol. 3
- Bijl P. de, Peitz M., *Regulation and Entry into Telecommunications Markets*, Cambridge University Press, 2003
- Birkinshaw P., *Grievances, remedies and the state*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed, 1994
- Black J., *Rules and Regulators*, Oxford, OUP, 1997
- Black J., Muchlinski T., Walter P. (eds.), *Commercial Regulation and Judicial Review*, Oxford, Hart Publishing, 1998
- Blackstone W., *Commentaries on the laws of England*, Clarendon Press, 1773, vol. 1.
- Blom-Cooper L., Dickson B., Drewry G. (ed.), *The Judicial House of Lords 1876-2009*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009
- Bogdandy A. von, Bast J. (ed.), *Principles of European constitutional law*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2009
- Bonner P., Aston L., *Independent television in Britain*, vol. 5, I.T.V. and the I.B.A. 1981-92 : the old relationship changes, Basingstoke, Macmillan, 1998
- Bradley A.W., Ewing K.D., *Constitutional and administrative law*, 14^e ed., Harlow, Longman, 2007
- Braithwaite J., *To Punish or Persuade : Enforcement of Coal Mine Safety*, Albany, NY, State University of New York Press, 1985
- Braithwaite J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2001
- Brealey M., Green N. (ed.), *Competition litigation : UK practice and procedure*, Oxford University Press, 2010

Bronckers M., Larouche P., *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, Springer US, 2007

Brown and Marriot, *ADR Principles & Practice*, 2nd Edition, Nov. 1999, Sweet & Maxwell

Cafaggi F., Muir Watt H. (ed.), *The making of European private law : regulation and governance design*, Edward Elgar Publishing, 2008

Campbell T., Ewing K. D., Tomkins A. (ed.), *Sceptical essays on human rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001

Campbell T., Ewing K.D., Tomkins A., *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, O.U.P., 2011

Cane P., *The anatomy of tort law*, Oxford, Hart Pub., 1997

Cane P., *Responsibility in Law and Morality*, Oxford, Hart, 2002

Cane P., *Administrative law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, 4th ed.

Cane P., *Administrative tribunals and adjudication*, Oxford, Portland, Ore., Hart Pub., 2009

Carmichael P., Dickson B. (ed.), *The House of Lords : its parliamentary and judicial roles*, Oxford, Hart Pub.

Cave M., Baldwin R., Lodge M. (ed.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Coll. Oxford Handbooks in Business and Management, 2010

Chipman Gray J., *The nature and sources of the law*, New York, Macmillan Co., 1921

Chitty J., *A Treatise on the laws of commerce and manufactures and the contracts relating thereto : with an Appendix of theaties, statutes and precedents*, Volumes 1-2, Butterworth, 1824

Chitty on contracts, H.G. Beale (gen. ed.), London, Sweet & Maxwell, 30th ed., 2008

Clayton R., Tomlinson H. (eds), *The law of human rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2nd ed, 2009

Clerk & Lindsell on Torts 19th Ed., London, Sweet & Maxwell, 2005

Coase R. H., *British Broadcasting : a study in Monopoly*, London, Longmans, 1950

Collins H., *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999

Cornford T., *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate, 2008

Corry D., Souter D., Waterson M., *Regulating Our Utilities*, London, Institute for Public Policy Research, 1994

Cowan D., Halliday S., *The appeal of internal review : law, administrative justice, and the (non-) emergence of disputes*, Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2003

Craig P., *Public law and democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon, 1990

Craig P., *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006

Craig P., *Administrative Law*, Thomson Sweet & Maxwell, 6th ed., 2008

Crisell A., *An Introductory History of British Broadcasting*, London, Routledge, 1997

Daintith T., Page A., *The executive in the constitution : structure, autonomy, and internal control*, Oxford, Oxford University Press, 1999

Deakin S., Johnston A., Markesinis B., *Markesinis and Deakin's tort law*, Oxford, Clarendon, Oxford, New York, Oxford University Press, 6th ed., 2008

Derthick M., Quirk P. J., *The politics of deregulation*, Washington, D.C., Brookings Institution, 1985

Dicey A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan and Co., 1902, 6e éd., 534 p.

Dicey A.V., *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Macmillan, 1905, 503 p.

Dixon J., Le Grand J., Smith P., *Can market forces be used for good ?*, King's Fund Discussion Paper Series, London, Kings Fund, 2003

Dubber M. D., *The police power : patriarchy and the foundations of American government*, Columbia University Press, 2005

Dynes M., Walker D., *The Times guide to the new British State : the government machine in the 1990s*, London, Times Books, 1995

Eisner M. A., *Antitrust and the triumph of economics : institutions, expertise, and policy change*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991

Efroni Z., *Access-Right, The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press, 2010

Engelman P., *Commercial Judicial review*, Sweet & Maxwell, 2001

Farmer J. A., *Tribunals and government*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1974

Ferran E., Albert C., Goodhart E. (ed.), *Regulating financial services and markets in the twenty first century*, Hart Publishing, 2001

Fisher E., *Risk regulation and administrative constitutionalism*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2007

Fordham M., *Judicial Review Handbook*, Oxford, Portland, Hart, 5th ed., 2008

Forsyth C., Elliott M., Jhaveri S., Ramsden M., Hill A. S. (eds), *Effective Judicial Review A Cornerstone of Good Governance*, O.U.P., 2010

Foster C. D., *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Oxford, Blackwell, 1992

Freund E., *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, Chicago, Callaghan & Company, 1904

Galligan D. J., *Due process and fair procedures : a study of administrative procedures*, Oxford, Clarendon, 1996

Gamble A., *The free economy and the strong state : the politics of Thatcherism*, Basingstoke, Macmillan, 2nd ed., 1994

Garland D., Sparks R. (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2000

Geradin D., Kerf M., *Controlling market power in telecommunications : antitrust vs sector-specific regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2003

Gerapetritis G., Proportionality in Administrative Law, Sakkoulas, 1997

Gerber D. J., Law and competition in twentieth century Europe : protecting Prometheus, Clarendon Press, Oxford University Press, 1998

Gijrath S.J.H., Interconnection Regulation and Contract Law, deLex B.V., Amsterdam, 2006

Gillies D., Marshall R., Telecommunications law, London, Butterworth, 1996

Ghosh N. N., Comparative administrative law, with special reference to the organization and legal position of the administrative authorities in British India, Calcutta, Butterworth & co., 1919

Gleason J. H., The justices of the peace in England, 1558 to 1640 : a later Eirenarcha, Oxford, Clarendon Press, 1969

Gomme G. L., Lectures on the principles of local government : delivered at the London School of Economics, Westminster, A. Constable, 1897

Goodnow F. J., The principles of the administrative law of the United States, New York, London, G.P. Putnam's Sons, 1905

Gorton L., The concept of the common carrier in Anglo-American law, Elanders boktryckeri aktiebolag, 1971

Grabosky P., Braithwaite J. (eds), Business Regulation and Australia's Future, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1993

Graham C., Prosser T., Privatizing public enterprises : constitutions, the state, and regulation in comparative perspective, Oxford, Clarendon Press, 1991

Graham C., Regulating public utilities : a constitutional approach, Oxford, Hart, 2000

Gray K., Francis Gray S., Elements of land law, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2009

Gunningham N., Grabosky P., Smart Regulation : Designing Environmental Policy, Oxford University Press, Oxford, UK, 1998

Halsbury's Laws of England, Estoppel, vol. 16

Halsbury's Laws of England, Judicial Review, vol. 61

Halsbury's Laws of England, Local Government, vol. 69, 2009, 5th ed.

Halsbury's Laws of England, Statutes, vol. 44 (1)

Hale M., A treatise relative to the maritime law of England, in three parts, London, 1787

Halliday P. D., Habeas Corpus : From England to Empire, Belknap Press of Harvard University Press, 2010

Hantke Domas M. P., Economic Regulation of Public Utilities With Natural Monopoly Features, A Study of Limitations Imposed by Property Rights From a Legal and Economic Appraoche, PhD, University of East Anglia, 2005

Harden I., Lewis N., The noble lie : the British constitution and the rule of law, London, Hutchinson, 1986

Harlow C., Compensation and Government Torts, Sweet & Maxwell, 1982

Harlow C., State Liability, Tort Law and Beyond, Oxford University Press, 2004

Harlow C., Rawlings R., Law and Administration, Cambridge University Press, 3^e ed., 2009

Harris B., Disciplinary and Regulatory Proceedings, Jordan Publishing, 4th ed., 2009

Harris B., Disciplinary and Regulatory Proceedings, Jordans Publishing, 5th ed., 2010

Harris D., Campbell D., Halson R., Remedies in contract and tort, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2nd ed, 2006

Harris M., Partington M. (ed.), Administrative Justice in the 21st Century, Oxford, Hart Publishing 1999

Hay J., The Origins of the Liberal Welfare Reforms, 1906-1914, Macmillan, 1975.

Henderson E. D., Foundations of English administrative law : certiorari and mandamus in the seventeenth century, Cambridge, Harvard University Press, 1963

Herring J., Criminal law : text, cases, and materials, Oxford, New York, Oxford University Press, 2nd ed, 2006

Hirsh R. F., Power Loss : The Origins of Deregulation and Restructuring in the American Electric Utility System, Cambridge Massachussetts, MIT Press, 1999

Hofmann H. C. H., Türk A. H. (eds), Legal challenges in EU administrative law : towards an integrated administration, E. Elgar, 2009

Hofman H. C. H., Weaver R. L. (eds), Transatlantic Perspectives on Administrative Law, Bruylant, Droit administratif/Administrative law, n° 7, 2011

Holmes O. W., The Common Law, Little Brown, 1881

Hood C., Rothstein H., Baldwin R. (ed.), The government of risk : understanding risk regulation regimes,, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001

Horwitz R. B., The irony of regulatory reform : the deregulation of American telecommunications, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989

Hudson A., Equity and trusts, London, New York, Routledge-Cavendish, 6th ed., 2010

James R., Private Ombudsmen and Public Law, Dartmouth, Aldershot, 1997

Jennings I., The law and the Constitution, London, University of London Press, 5th ed., 1959

Jordana J., Levi-Faur (eds.), The politics of regulation : institutions and regulatory reforms for the age of governance. CRC series on competition, regulation and development, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK

Kahn A. E., The economics of regulation : principles and institutions, Cambridge, Mass., London, MIT Press, 1988

Keeton G. W., Trial by tribuna : ; a study of the development and functioning of the tribunal of inquiry, London, Museum Press, 1960

Kelsen H., General theory of law and state, New York, Russell & Russell, 1961

Kenyon J. P., The Stuart Constitution, 2nd ed., 1986

Landis J. M., The administrative process, New Haven, Yale University Press, 1951, 181 p.

Lange R. de, Jans J.H., Prechal S., Widdershoven R., Europeanisation of Public Law, Groningen, Europa Law Publishing, 2007

- Larouche P., *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000
- Laski H. J., *Authority in the Modern State*, Batoche Books, 1919
- Le Grand J., *The other invisible hand : delivering public services through choice and competition*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2007
- Le Sueur A. P., Herberg J. W., *English, Principles of public law*, Routledge, 1999
- Lewis N., Birkinshaw P., *When Citizens Complain : reforming justice and administration*, Open University Press, Buckingham, 1993
- Locke J., *Two Treatises of Government, Second Treatise*, Cambridge Texts in the History of Political Thought
- Lord Hewart of Bury, *The New despotism*, London, E. Benn, 1929.
- Lord Woolf, Woolf J., *The Declaratory Judgment*, London, Sweet & Maxwell, 2002
- Loughlin M., *The idea of public law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004
- Loughlin M., *Foundations of Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010
- MacDonagh O., *Early Victorian government, 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977
- MacNeil I., *An introduction to the law on financial investment*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005
- Maitland F. W., *The constitutional history of England : a course of lectures*, Cambridge, The University Press, 1908
- Maitland F. W., *Justice and Police*, London, Macmillan and Co, 1885
- Manchester C., Poppleston S., Allen J., *Alcohol and entertainment licensing law*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge-Cavendish, 2nd ed., 2008
- Markesinis B. (ed), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University Press, 1998
- McCraw T. K., *Prophets of regulation : Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*, Belknap Press of Harvard University Press, 1984
- McCrudden C. (ed), *Regulation and deregulation : policy and practice in the utilities and financial services industries*, Oxford, Clarendon, 1999
- McKendrick E., *Contract Law : text, cases, and materials*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008
- McIlwain Ch., *Constitutionalism, ancient and modern*, Ithaca, N.Y., Great Seal Books, 1940
- Mendes J., *Participation in EU Rule-Making: A Rights-Based Approach*, O.U.P., 2011
- Miers D., *Regulating Commercial Gambling — Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Mill J. S., *Principles of Political Economy*, dans *Collected Works of John Stuart Mill*, 2 et 3, Toronto, University of Toronto Press, Londres, Routledge and K. Paul, 1965
- Moran M., *The British regulatory state : high modernism and hyper-innovation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003

Morgan B., Yeung K., *An introduction to law and regulation : text and materials*, Cambridge University Press, 2007,

Morrison H., *Government and Parliament : a survey from the inside*, London, Oxford University Press, 3rd ed., 1964

Morrison J., *The influence of English railway legislation on trade and industry : with an appendix of tracts and documents*, London, 1848

Mulcahy L., *Contract law in perspective*, London, New York, Routledge-Cavendish, 5th ed., 2008

Nihoul P., Rodford P., *EU electronic communications law : competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford, Oxford University Press, 2004

Noam E., *Telecommunications in Europe*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992

Ogus A., *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, O.U.P., 1994

Osborne B., *Justices of the peace, 1361-1848 : a history of the justices of the peace for the counties of England*, Sedgell (Dorset), Sedgell Press, 1960

Palmer E., *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act*, Oxford, Portland, Or., Hart Publishing, 2007

Parry D. H., *The sanctity of contracts in English law, The Hamlyn lectures*, Stevens, 1959

Paton G. W., *A textbook of jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 4th ed., 1972

Peters B. G., Pierre J. (ed.), *Handbook of public administration*, London, Sage, 2007

Prosser T., *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon, 1997

Prosser T., *The regulatory enterprise : government, regulation, and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2010

Prosser T., « The Place of Appeals in Regulation – Continuity and Change », in *Centre for the Study of Regulated Industries, Regulatory Review 2004/2005* (Bath : CRI, 2005), pp. 195 – 211

Quirk H., Seddon T., G. Smith (ed.), *Regulation and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2011

Robertson J. H., *The story of the telephone : a history of the telecommunications industry of Britain*, Scientific Book Club, 1948.

Robinson H., *The British Post Office : A history*, Princeton, Princeton University Press, 1948

Robson W. A., *Justice and Administrative Law, a study of the British constitution*, London, Stevens, 1951, 3rd ed.,

Robson W. A., *Nationalized industry and public ownership*, London, Allen & Unwin, 2nd ed., 1962

Rowan-Robinson J., Watchman P. Q., Barker C. R., *Crime and regulation : a study of the enforcement of regulatory codes*, Edinburgh, T. & T. Clark, 1990

Rubinstein A., *Jurisdiction and illegality : a study in public law*, Oxford, Clarendon Press, 1965

Samuelson P. A., Nordhaus W. D., *Économie, Économica*, 16^e éd.

Schonberg S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000

Schwartz B., *French administrative law and the common-law world*, New York, New York University Press, 1954

Sendall B., *Independent television in Britain. Vol.1, Origin and foundation 1946-62*, London, Macmillan, 1982

Smith A., *Lectures on Jurisprudence, Monday March 28, 1763*, in *Glasgow Edition of the Works and Correspondence*, Vol. 5, *Lectures On Jurisprudence*, 1762

Smith S. A. de, *Judicial Review of Administrative Action*, Londres, Stevens and Sons Ltd., 1973

Smith, S. A. de, *De Smith's Judicial Review*, Lord Woolf, Jeffrey Jowell, Andrew Le Sueur (ed.), London, Sweet & Maxwell, 6th ed, 2007

Smith S. A. de, Woolf H. K., Jowell J., A. Le Sueur, *De Smith's judicial review*, London, Sweet & Maxwell, 6th ed., 2007

Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system, London, Sweet & Maxwell, 4th ed, 2002

Smith B. L. R., Hague D. C. (eds.), *The Dilemma of Accountability in Modern Government : Independence versus Control*, 1975

Spooner L., *The unconstitutionality of the laws of congress prohibiting private mail*, New York, Printing Establishment, 1944

Spulber D. F., Yoo Ch. S., *Networks in Telecommunications, Economics and Law*, Cambridge University Press, 2011

Stebbing C., *Legal foundations of tribunals in nineteenth-century England*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006

Stephen J. F., *A history of the criminal law of England*, London, MacMillan, 1883

Stevens R.B., Yamey B.S., *The Restrictive Practices Court : a study of the judicial processes and economic policy*, London, Weidenfield & Nicolson, 1965

Stone R., *The modern law of contract*, London, New York, Routledge-Cavendish, 2009

Supperstone M., Goudie J., Walker P., *Judicial Review*, LexisNexis Butterworths, 3rd ed., 2005

Teubner G., (dir.), *Network : legal issues of multilateral co-operation*, OxfordPortland, Or., Hart Publishing, Coll. *International studies in the Nordic countries. Newsletter.*, n° 6, 2009, spéc. introduction de G. Teubner.

Thatcher M., *The Downing Street Years*, London, HarperCollins, 1993,

Thatcher M., *The politics of telecommunications : national institutions, convergence, and change in Britain and France*, Oxford, Oxford University Press, 1999

Thomas R., *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2000

Tomkins A., *Our republican constitution*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005

Trechsel S., Summers S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2005

- Trevelyan G. M., *English social history : a survey of six centuries, Chaucer to Queen Victoria*, London, New York, Longmans, Green and Co., 1942
- Tunstall J., *Communications deregulation : the unleashing of America's communications industry*, Oxford, Blackwell, 1986
- Veljanovski C., *Choice by cable, The economics of a new era in television*, The Institute of Economics Affairs, 1983
- Vermeule A., Stewart R. B., Sunstein C. R., Breyer S. G. (Ed.), *Administrative Law and Regulatory Policy : Problems, Text, and Cases*, Aspen Publishers, 6th ed., 2006
- Vickers J., Yarrow G., *Privatization : an economic analysis*, Cambridge, MIT Press, 1988
- Visser M. de, *Network-Based Governance in EC Law : The Example of EC Competition and EC Communications Law*, Hart, 2009
- Wade H. W. R., Forsyth C. F., *Administrative law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 10th ed., 2009
- Wallace H., Young A. R. (eds.), *Participation and Policy-Making in the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1997
- Watt G., *Equity Stirring : The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Portland, Oregon, Hart, 2009
- Weatherill S. (ed.), *Better regulation*, Oxford, Portland Or., Hart Pub., 2007
- Weir S., Hall W., *Ego-Trip : Extra-Governmental Organisations in the United Kingdom and Their Accountability*, London, Charter 88
- Wells C., *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2nd ed., 2001.
- Whish R., *Competition Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 6th ed., 2009
- Wigger A., *Competition for Competitiveness : The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*, PhD Thesis, Vrije Universiteit Amsterdam, 2007
- Wilberforce Chambers, *The Essential Human Rights Act 1998*, Wilberforce Chambers, 2000
- Wils W. P. J., *Principles of European antitrust enforcement*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2005
- Wraith R.E., Hutchesson P. G., *Administrative tribunals*, London, Allen & Unwin for the Royal Institute of Public Administration, 1973
- Wright J., *Tort Law and Human Rights*, Hart, 2001
- Yeung K., *Securing Compliance — A Principled Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2004
- Young A., *The Politics of Regulation : Privatized Utilities in Britain*, Palgrave Macmillan, 2001
- Zander M., *Cases and materials on the English legal system*, London, New York, Cambridge University Press, 2007, 10th ed, pp. 241 suiv..

III — Ouvrages de droit comparé

- Andenas M. (ed), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, 1998

- Athanassiou P., *Financial Sector Supervisors' Accountability : A European Perspective*, 2011, ECB Legal Working Paper n° 12.
- Barnes J., Schmidt-Assmann E. (ed.), *Transforming Administrative Procedure*, Javier Barnes (ed.), Global Law Press, 2008, 499 p.
- Beatson J., Tridimas T. (ed.), *New directions in European public law*, Oxford, Hart Pub., 1998
- Bell J., Bradley A. W. (ed.), *Governmental Liability : A Comparative Study*, London : UK National Committee of Comparative Law, 1991
- Besselink L., Pennings F., Prechal S. (ed.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011
- Bogdandy A. von, Cassese S., Huber P., *Ius Publicum Europeum*, vol. III — Administrative Law, 2010
- Bonnard R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, Reproduction en fac-similé de l'édition de Paris, Delagrave, 1934, 266 p.
- Bousta R., *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2010, 566 p.
- Braibant G., *Institutions administratives comparées : les contrôles*, Fondation nationale des sciences politiques, 1985, 450 p.
- Cananea G. della, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milan, Giuffrè, 2006, 242 pp.
- Cappelletti M. (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff, Leyden, Bruylant, Bruxelles, Klett-Cotta, Stuttgart, Le Monnier, Firenze, 1978
- Cassese S., *La construction du droit administratif : France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs Politique, 2000
- Chiti E., Mattarella B. G. (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law : Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011
- Constantinesco L.-J., *Traité de droit comparé. La méthode comparative*, tome 2, « La méthode comparative », Paris, L.G.D.J., 1974
- Courivaud H., *L'introduction de la concurrence dans les activités de réseaux électriques : éléments de comparaison entre la France et l'Allemagne*, thèse, Université Paris Sud XI, 2000, dactyl., 511 pp.
- Crombez V., *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, Thèse dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 1995, 323 p.
- David R., Jauffret-Spinozi C., *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2002, 553 p.
- Elgar Encyclopedia of Comparative Law, J. M. Smits (ed.), Maastricht European Private Law Institute, Maastricht University, The Netherlands, Edward Elgar Publishing
- Ellis E. (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999
- Essens O., Gerbrandy A., Lavrijssen S. (eds), *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009

- Europeanization of procedural law and the new challenges to fair trial, ed. by L. Ervo, M. Gräns, A. Jokela, Groningen, Europa Law Publishing, 2009
- Fairgrieve D., Andenas M., Bell J. (eds.), Tort Liability of public Authorities in comparative perspective, London, BIICL, 2002
- Fairgrieve D., State Liability in Tort : A Comparative Law Study, Oxford University Press, 2003
- Flogaïtis S., Administrative law et droit administratif, Paris, L.G.D.J., 1986, 250 p.
- Freedland M., Auby J.-B. (dir.), The public law/private law divide : une entente assez cordiale ? La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques, Oxford, Portland, Or., Hart, 2006.
- Fromont M., Droit administratif des États européen, P.U.F., Coll. Thémis Droit, 2006, 362 p.
- Galetta D.-U., Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?, Springer, 2010
- Goodnow F. J., Comparative administrative law : an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France, and Germany, New York, London, G.P. Putnam's sons, 1897, tome 2
- Haguenau C., L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit international, tome 30, 1995, 619 p.
- Helm A. J. Van der, Meyer V. M., Comparer en Droit : Essai méthodologique, Strasbourg, CERDIC Publications, Coll. Recherches institutionnelles, Droit et églises, tome 19, 1991, 213 p.
- Heuschling L., État de droit, Rechtsstaat, Rule of law, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, tome 16, 2002, 739 p.
- Isidoro C., L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire : et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, tome 242, 2006, 664 p.
- Jacquemet-Gauché A., La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne : étude de droit comparé, Thèse dactyl., Université de Grenoble, 2010
- Jans J. H., Prechal S., Lange R. de, Widdershoven R., Europeanisation of public law, Groningen, Europa Law Publishing, 2007
- Künnecke M., Tradition and Change in Administrative Law, An Anglo-German Comparison, Springer, 2007
- Markesinis B., Auby J.-B., Coester-Waltjen D., Deakin S., Tortious Liability of statutory bodies, Oxford, Hart, 1999
- Martin-Pannetier A., Éléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais, LGDJ 1966, Bibl. droit public tome 63, 349 p.
- Meillier P., Responsabilité extracontractuelle de l'administration en France et en Angleterre (étude comparative), Thèse dactyl., Lille 2, 1997
- Melleray F. (dir.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, tome 1, 2007, 374 p.

- Legrand A., L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration, L.G.D.J., Coll. Bibl. de science administrative, tome 2, 1970, 549 p.
- Legrand P. (dir.), Comparer les droits, résolument, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2009, 630 p.
- Lemasurier J., Le contentieux administratif en droit compare, Economica, 2001, 108 p.
- Napolitano G., Diritto amministrativo comparato, A. Giuffrè, Corso di diritto amministrativo, n° 4, 2007, 358 p.
- Ortega L., Arroyo L., Plaza C. (ed.), Spanish Administrative Law under European Influence, Europa Law Publishing, European Administrative Law Series, May 2010
- Poto M., Financial Supervision in a Comparative Perspective, Intersentia, 2010
- Puget H., Maleville G., La révision des décisions administratives sur recours des administrés, Bruxelles, Institut International des Sciences Administratives, 1953, 134 p.
- Puget H., Les institutions administratives étrangères, Dalloz, 1969, Études politiques économiques et sociales, n° 17, 533 p.
- Rose-Ackerman S., Lindseth P. L., Comparative administrative law, Northampton, MA, Edward Elgar Pub., Coll. Research handbooks in comparative law series, 2010
- Rivero J., Droit administratif comparé : recherches sur la notion du système juridique appliqué au droit administratif comparé : doctorat : 1954-1955, Paris, Cours de droit, 1954-1955, 160 p.
- Rivero J., Droit administratif comparé : le contrôle juridictionnel de la légalité dans l'Europe des Six : doctorat : 1957-1958, Paris, Cours de droit, 1957-1958, 163 p.
- Rose-Ackerman S., Lindseth P. (eds), Comparative administrative law, Research Handbook in Comparative Law, E. Elgar, 2011
- Schwartz B., French administrative law and the common-law world, New York, New York University Press, 1954, 367 p.
- Schwartz B., Wade H. W. R., Legal control of government. Administrative law in Britain and the United States, Oxford, Clarendon press, 1972, 349 p.
- Schwarze J. (éd.), Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Bruylant, 1996, 845 p.
- Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., Droit comparé : Théorie générale et principes, Paris, L.G.D.J., 1978, 260 p.
- Singh M. P., German Administrative Law in Common Law Perspective, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol. 149, 2nd ed., 2001
- Snyder F. (ed.), The europeanisation of law : the legal effects of European integration, Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2000
- Street H., Governmental Liability, Cambridge University Press, 1953
- Vervaele J.A.E. (ed.), Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands, Deventer-Boston, Kluwer, 1994

Villain-Courrier A.-E., Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, tome 40, 2004, 723 p.

Wollmann H., Marcou G. (eds.), The Provision of Public Services in Europe – Between State, Local Government and Market, E. Elgar, 2011

Xynopoulos G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 179, 1996, 463 p.

Ziller J., Administrations comparées : les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 1993, 511 p.

Zoller É., Introduction au droit public, Dalloz, Coll. Précis, 1^e éd, 2006, 230 p.

Zoller E., Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, Coll. Droit fondamental, droit politique et théorique, Paris, PUF, 2000, 1328 pp.

Zweigert K., Kötz H., An Introduction to Comparative Law, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, 714 p.

§ 2 — Articles

I — Articles francophones

Abraham R., « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », RFDA 1990 p. 1053

Achilléas P., « Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en France », Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2004, étude 37.

Adda J., « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », Concurrences, n° 4-2010, pp. 75-84

Amrani Mekki S., « Efficacité et nouvelles technologies », Procédures n° 4, avril 2010, dossier 5.

Alberti M. d', « La régulation économique en mutation », Revue du droit public, 1er janvier 2006, n°1, p. 231.

Allin D., « Réflexions sur la mise en demeure », JCP G 1977.I.2844

Ancelin O., Fossati-Kotz I., « L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 24, 16 juin 2011, 1458

Arnaud A.-J., « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », Droit et Société, 1997, n°35, pp. 11-35

Artur E., « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome XVII, p. 244

Artur E., « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » (4^e article) », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1900, II, pp. 236-280

- Asselain J.-Ch., « Le budget du ministère de la Justice de la Restauration au seuil du XXI^e siècle », A.F.H.J., Juin 2006 ;
- Asselain J.-Ch., *L'argent de la justice Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009.
- Auby J.-B., « La bataille de San Romano — réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », A.J.D.A., 2001, p. 912
- Auby J.-B., « Espace public, espaces publics », *Droit Administratif* n° 7, Juillet 2009, repère 7
- Auby J.-B., « Espaces publics et espaces privés dans la Ville et dans le Droit », in *Terres du droit : mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009.
- Auby J.-B., « Régulations et droit administratif », *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruylant, 2005, p. 209
- Auby J.-M., « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952 chron. p. 111
- Auby J.-M., « La transaction en matière administrative », A.J.D.A. 1956, p. 1
- Auby J.-M., « Le milieu juridique », in *Traité de science administrative*, J.-M. Auby (dir.), Paris, Mouton, Coll. École pratique des hautes études, Sorbonne 6^e section : Sciences économiques et sociales, 1966, p. 184
- Auby J.-M., « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *Mélanges Brethe de la Gressaye*, Éditions Bière, Bordeaux, 1967, p. 69-98.
- Auby J.-M., « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *RFDA* 1995 p. 91
- Autin J.-L., « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative », *E.D.C.E.* 1991, n° 52, p. 389
- Autin J.-L., « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in *La régulation entre droit et politique*, M. Miaille (dir.), Éd. l'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, spéc. p. 48.
- Autin J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », in *colloque à la Cour de cassation, « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? »*, *Revue française de droit administratif*, sept.-oct. 2010, p. 875
- Aynès L., « Le devoir de renégocier », *Rev. de jurisprudence commerciale*, 1999, pp. 11-19
- Aynès L., « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations : actes du colloque*, 9 janvier 1998, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, Coll. Études juridiques, tome 9, 1999.
- Azoulai L., « Le principe de bonne administration », in *Droit administratif européen*, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruylant, 2007, p. 493
- Azoulai L., « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, ss la dir. de J. Dutheil de la Rochère, Centre de droit européen Paris, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, Colloques, tome 7, 2009, p. 1.
- Ba A., « Le contrôle du juge administratif sur les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Revue administrative*, 2005, n° 345, pp. 284-290

Barret O., « Variations autour du refus de contracter », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, pp. 3-24.

Batailler F., « Les beati possidentes en droit administratif », *R.D.P.*, 1965, p. 1072.

Bazex M., « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », *Revue des affaires de l'Union européenne*, n°2, 1994, pp. 103-114

Bazex M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles », *Concurrence et consommation*, 1er janvier 2001, n°119, pp. 37-44

Bazex M., « Vers la reconnaissance du « Droit public du marché » ? », *Droit Administratif* n° 2, Février 2010, comm. 32

Beaufils M., « De la BP 5000 aux CLRC : les instances publiques de traitement », *Ateliers de la consommation organisés par la G.G.C.C.R.F.*, 18/03/99, L'accès du consommateur européen au droit et à la justice.

Beauvillard S., Bouquet G., « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *AJDA* 2004 p. 1911

Béchillon D. de, Martin D., Molfessis N., « À propos de l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions prises par l'Autorité des marchés financiers au sujet de la recevabilité d'une offre publique », *Mélanges AEDBF – France IV*, pp. 31-46

Béchillon D. de, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007

Behar-Touchais M., « Y a-t-il de la rétroactivité en droit de la concurrence ? », *Revue des contrats*, janv. 2008, n° 1, p. 61

Beignier B., Regourd S., « Droit de la presse et des médias », *JCP G* n° 20, 16 mai 2007, I 156

Bell J., « Le débat au Royaume-Uni », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique : colloque*, Paris, 11 et 12 mai 1990, Centre d'études et de recherches sur l'administration publique, *Economica*, 1991, p. 80

Bell J., « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni en 1993 », *Études et documents du Conseil d'État*, 1993

Bellamy C., « Le juge contrôleur du régulateur », in Marie-Anne Frison-Roche *Droit et économie de la régulation*, tome 1, Presses de Sciences Po, Hors collection, 2004, pp. 174-178

Bellay J.-G., « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et Société*, n°9, 1988, pp. 301-324

Beloulou V., « Les téléprocédures : un enjeu essentiel pour les citoyens et pour l'État », *AJDA* 2001 p. 624

Bensamoun A., « La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, n°49, suppl. mai 2009

Bernard M., « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995 p. 190

Bernard S. « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Revue juridique de l'économie publique* n° 686, Mai 2011, comm. 24

- Bernaut C., « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, avril 2006, n°15
- Bernaut C., « La loi du 1er août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder » *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, sept. 2006, n°19-46.
- Bigot G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif/1) », *R.F.D.A.*, 2003, p. 218
- Bigot G., « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, Coll. Colloques & débats, 2006
- Billam M., Maison-Blanche C., « Asymétrie d'information, Le vrai garde-fou passe par la responsabilisation des acteurs », *JCP G*, n° 17, 26 avril 2010, p. 913.
- Bitan H., « Mesures techniques de protection, consommateur et Haute autorité », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, octobre 2007, n°31
- Boisvilliers P.-D. de, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », *Revue de science criminelle* 1993 p. 694.
- Bolze C., *Le transfert des décisions du conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris*, D. 1988, chron. 169
- Bolze A., « La notion de litige juridique », *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004
- Bonnard R., « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 3-29.
- Bonneau T., « Enregistrement et sanction », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2011, comm. 181
- Bonneau T., « Un nouveau 2 décembre 1804 ? À propos de la décision du 13 mai 2011 de la commission des sanctions de l'ACP », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 6 Octobre 2011, 1704.
- Bosco D., « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence) », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2011, repère 4.
- Boucobza I., « La « co-administration » dans la production des normes juridiques communautaires », *D.A.*, n° 12, décembre 2004, Étude 21.
- Bouchené-Lefer M., « De la justice administrative », *Revue pratique de droit français*, 1964, pp. 433-467 ; 1865, pp. 145-183.
- Bouchené-Lefer M., « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative — ou du contentieux et du non-contentieux administratif », *Rev. Pratique de droit français*, 1968, I, t. 19, pp. 145-183
- Bouquet G., Beauvillard S., « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1911.
- Boutin C., « Pluralisme et liberté de communication audiovisuelle », *Petites affiches*, 03 juin 1994 n° 66.
- Bourserie J., « La nouvelle architecture du droit de la communication », *Communication Commerce électronique* n° 4, Avril 2005, étude 14

Bousta R., « Contribution à une définition de l'Ombudsman », R.F.A.P., varia 2007, n°123, p. 397

Boutard Labarde M.-C., Gaudemet Y., « Le contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », Les Petites Affiches, n° 50, 25 avril 1990, pp. 7-14

Boutonnet M., « L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre », Recueil Dalloz 2008 p. 1120

Boy L., « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications (réflexions contributives à la notion de régulation) », in Rapport intermédiaire au GIP « Droit et Justice » du Ministère de la justice, Juillet 1999

Boy L., « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », Recueil Dalloz, 2001, Chron., p. 3031

Boy L., « Régulation et sécurité juridique », in Sécurité juridique et droit économique, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), Larcier, Coll. Droit-économie internationale, 2008, p. 333

Boy L., « Les contrats économiques de souveraineté, outils de la régulation de la concurrence (les pratiques des autorités de concurrence à partir de l'exemple de la France) », Revue internationale de droit économique 3/2010 (t. XXIV), pp. 271-296.

Braconnier S., « La nouvelle régulation postale issue de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 », Revue Lamy de la Concurrence, 1er juillet 2005, n° 4, pp. 97-102

Braconnier S., Menard C., « Règlements de différends entre les gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution d'électricité et les utilisateurs du réseau : comment délimiter la compétence du CORDIS ? », Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2011, 2, n° 4

Braibant G., « Le principe de proportionnalité », Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, 1974, p. 297

Breen E., « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », R.F.D.A., 2002 p. 232

Breen E., « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », RFDA, 2003, p. 1159.

Brisson J.-F., « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », AJDA 1999 p. 847

Brouant J.-P., « Occupations domaniales et convention européenne des droits de l'homme », AJDI 2002 p. 512

Broussolle D., « De la surveillance de la SNCF à la protection de la RATP aux frais de la région Ile-de-France », AJDA 2010 p. 425

Bruguière J.-M., « Le droit à l'interopérabilité », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2007, étude 3

Bullinger M., « Le contrôle juridictionnel de la régulation », in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1 : Comparaisons et commentaires, p. 132.

Burbridge P., « Regards d'Angleterre », in Quelles juridictions économiques en Europe ? : du règne de la diversité à un ordre européen, Y. Chaput, A. Lévi (dir.), Lexis-Nexis, Litec, Coll. Le droit des affaires, 2007

Burdeau F., « Les crises du principe de dualité de juridictions », RFDA, n° 5, 1990, p. 724

Cadoux C., « La procédure consultative », Annales de l'Université de Lyon, 1960, p. 29

Caillosse J., « Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration — Ébauche d'une problématique », AJDA 2003 p. 880

Calley G., « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », R.F.D.A., 1er janvier 2006, n° 1, pp. 96 -118

Calley G., « La problématique de l'accès des tiers au réseau dans le secteur postal : une illustration contentieuse par le routage — À propos de CJCE, 6 mars 2008, n° C-287/06 », Petites affiches, 2009, n° 6, pp. 7-17

Cambier B., Cambier L., « Médiateurs ou médiation en droit public », in En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste, Bruylant, L.G.D.J., 2007.

Canivet G., « Régulateurs et juges : conclusions générales », Petites affiches, 23 janvier 2003 n° 17, p. 50-55.

Canivet G., « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in Droit et économie de la régulation, tome 1, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 184-193.

Cantéro A., Boytchev S., « Quelles avancées juridiques en matière « d'administration électronique » ? », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 45, 7 novembre 2005, 1352

Capiau J., « La mise en demeure en droit administratif » in La forme et la procédure de l'acte administratif, in Études coordonnées par G. Dupuis, Paris, Economica, 1979

Cappello A., « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives. Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580-DC », Revue de science criminelle 2010 p. 415

Caron Ch., « La nouvelle loi sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2006, comm. 140

Caron Ch., « La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », Communication Commerce électronique n° 10, octobre 2006, étude 22, n°8

Cartier M.-E., Les principes constitutionnels du droit répressif, in La Cour de cassation et la Constitution de la République, Colloque des 9-10 décembre 1994, PUAM, 1995, p. 153 et ss.

Cartier E., « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », AJDA 2005 p. 1092

Carton O., « Regard sur l'activité consultative du Conseil d'État de 1940 à 1944 : peut-on conseiller innocemment un gouvernement comme celui de Vichy ? », R.D.P., 2010, n° 3, p. 579

Caudal S., « La procédure contradictoire en dehors du contentieux » RFDA 2001, p. 13

Cedras J., « L'obligation de négocier », RTD com., 1985, pp. 265-289

Chagnollaude D., « Droit pénal et droit constitutionnel : sur un couple uni », in Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 83-96

- Chagny M., « À propos de la décision n° 07-MC-03 du conseil de la concurrence du 7 juin 2007, l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications se poursuit », Communication — Commerce électronique 2007, N° 7-8, comm. 94, pp. 35-36
- Chagny M., « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », Procédures n° 4, avril 2011, dossier 10
- Champaud C., « L'idée d'une magistrature économique – Bilan de deux décennies », Justices, n° 1, 1995, pp. 61-79
- Champaud Cl., « Régulation et droit économique », Revue internationale de droit économique, 2002, n° 1, p. 23.
- Chantepie P., Bensoussan A., « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », Revue Lamy de la concurrence, avril 2007, n°11
- Chapus R., « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Éditions Cujas, 1977, spéc. la conclusion p. 291.
- Chapus R., « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2002, n° 4, pp. 947-953
- Charbit N., Jenny F., « Frédéric Jenny : Un économiste à la Cour », Concurrences, n° 1-2005, n° 12077, pp. 5-8
- Charlier R.-E., « Les fins du Droit public moderne », R.D.P. 1947, p. 127
- Chatillon G., « Administration électronique et services publics », AJDA 2001 p. 617
- Chauvaux D., « Contrôle par le CSA de l'obligation pour TF1 de diffuser des oeuvres européennes », AJDA 1998 p. 729.
- Chauvaux D., « Les conventions entre le CSA et les exploitants de services de radio et de télévision : une modalité d'organisation de la liberté de la communication audiovisuelle », Justice et cassation — 01/01/2006, pp. 44.
- Chavrier G., Réflexions sur la transaction administrative, RFDA 2000, p. 548
- Chavrier G., « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », AJDA 2003 p. 1026
- Chevallier J., « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos : problèmes de droit public contemporain, Paris, L.G.D.J., Coll. Loi et justice, 1974, pp. 275-290
- Chevallier J., « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », RDP 1974, pp. 21-154
- Chevallier J., « L'association au service public », La Semaine juridique 1974, I, n° 2667
- Chevallier J., « Essai sur la notion juridique de service public », Publications de la faculté de droit d'Amiens 1976, n° 7, pp. 136-161
- Chevallier J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Vol. 2, PUF 1979, pp. 3-57
- Chevallier J., « L'analyse institutionnelle », in L'institution, PUF 1981, pp. 3-61
- Chevallier J., « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, pp. 555-576

- Chevallier J., « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF 1983, pp. 7-49 ;
- Chevallier J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La Semaine juridique* 1986, I, n° 3254
- Chevallier J., « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel. Premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989 », *A.J.D.A.*, 1989, pp. 59-76
- Chevallier J., « Réflexions sur l'arrêt Cadot », *Droits*, n° 9, 1989, p. 78
- Chevallier J., « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990, p. 712
- Chevallier J., « La dimension symbolique du principe de légalité », *R.D.P.* 1990, p. 1651 ;
- Chevallier J., « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 1993, n° 4, pp. 111-134
- Chevallier J., « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices, Revue générale du Droit processuel*, 1995, n° 1, pp. 81-90, spéc. p. 90.
- Chevallier J., « De quelques usages du concept de régulation », in *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, pp. 71-93 et in *Mélanges G. C. Vlachos*, Ed. Sakkoulas-Bruylant 1995, pp. 381-402
- Chevallier J., « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996 p. 909
- Chevallier J., « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *R.F.D.A.*, 1er décembre 1997, n° 6, pp. 1115 -1128
- Chevallier J., « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *La Revue administrative*, janvier-février 1998, n° 1, pp. 43-53
- Chevallier J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, n° 3, pp. 659-714
- Chevallier J., « La mondialisation de l'état de droit, Droit et politique à la croisée des cultures », *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J, 1999
- Chevallier J., « L'obligation en droit public », in *L'obligation*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 44, 2000, pp. 179- 194
- Chevallier J., « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 827-846
- Chevallier J., « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche, 2003, pp. 59-72
- Chevallier J., « La gouvernance : un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP*, n° 105-106, 2003, pp. 203-217
- Chevallier J., « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, n° 39, 2004, pp. 107-120
- Chevallier J., « L'État régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, pp. 473-482
- Chevallier J., « La gouvernance et le droit », *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 189-207
- Chevallier J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », M.A. Frison-Roche (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po-Dalloz, 2006, pp. 143-150

Chevallier J., « L'État régulateur », M. Lombard (Dir.), Régulation économique et démocratie, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 29-41

Chevallier J., « Contractualisation et régulation » in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), La contractualisation de la production normative, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 83-93

Chevallier J., « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification », coll. du 26 mars 2010 de la Cour de cassation, « Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? », R.F.D.A., sept.-oct. 2010, p. 896

Chiti E., « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration », in Droit administratif européen, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Brussels, Bruylant, 2007

Choné P., « Régulation des infrastructures et politique de la concurrence », Concurrences n° 1-2011

Claeys A., « La création de l'Établissement public de sécurité ferroviaire par la loi du 5 janvier 2006 : les prémices d'une régulation dans le secteur ferroviaire », Revue Lamy de la concurrence, 2006, n° 8, pp. 120-125.

Claudel E., « Les injonctions », Petites affiches, 20 janvier 2005 n° 14, p. 23

Claudel E., « Projet de communiqué sur la méthode de détermination de la sanction pécuniaire : un texte utile, mais perfectible », Revue trimestrielle de droit commercial, 2011, pp. 74 suiv.

Clément B., « Les nouveautés introduites dans le droit français de la concurrence par la loi du 19 juillet 1977 », Petites Affiches, n° 5 et 6 et ici n° 7, 16 janvier 1978

Clément-Cuzin S., Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, AJDA 2001 p. 111

Cohen-Branche M., « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? – L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », Droit pénal, n°9, sept. 2009, étude 22.

Cohen-Tanugi L., « Une doctrine pour la régulation », Le Débat, nov.-déc. 1988, n° 51, spéc. p. 58

Colin F., « La récidive administrative », AJDA 2009 p. 2148

Collet M., « De la consécration à la légitimation Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in Droit et économie de la régulation, préc., tome 1, spéc. p. 42 ;

Collet M., « Valeur(s) de la régulation », in Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Montchrestien, 2007, pp. 241 suiv.,

Collet M., « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », Revue juridique de l'économie publique, mars 2008, pp. 11 suiv..

Collet M., « La régulation fiscale », Droit fiscal n° 12, 20 Mars 2008, 220,

Collet M., « Le droit fiscal, berceau de la régulation ? », in : T. Revet et L. Vidal (dir.), Annales de la régulation (vol. 2), ed. Institut de Recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), 2009, p. 39

Colliard C.-A., « La sanction administrative », Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, 1943, p. 4

Colly F., « Le Médiateur du cinéma La régulation de la concurrence et de l'offre culturelle dans le secteur de la diffusion des films », in *L'art et le droit : écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, dir. M. Deguerge, Paris, Publications de la Sorbonne, Coll. De Republica, n° 8, 2010

Combrexelle J.-D., Honorat E., Soulard Ch., « Le droit communautaire en 1992 », *AJDA* 1993 p. 247

Coppens P., « Théorie de la norme et régulation », in *Annales de la Régulation*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, vol. 1, 2006, pp. 79-110,

Coppens P., « Marché, Etat et Institutions », *Revue internationale de droit économique* 3/2007 (t. XXI, 3), p. 293-316

Costa J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, p. 434

Costa D., « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, *Société GSD Gestion et M. YX* », *RFDA* 2005 p. 1174

Cour L., « La révision du cadre européen des communications électroniques », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* – 2010, n°56

Cournil C., Reneaud F., « Salles de cinéma et concurrence – « Les liaisons contentieuses » », *Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 11, 12 Mars 2009, 1251

Coutron L., « L'infiltration des garanties du procès équitable », in C. Picheral (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, à paraître chez Bruylant.

Daigre J.-J., « Éditorial – La régulation financière », *Bulletin Joly Bourse*, 1 janvier 2011 n° 1, p. 1.

Daigre J.-J., « Éditorial – Faut-il scinder l'AMF ? », *Bulletin Joly Bourse*, 1 juillet 2011, n° 7, p. 413.

Daigre J.-J., « Éditorial – Les commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions ? », *Bulletin Joly Bourse*, 1 décembre 2011, n° 12, p. 629.

Dang-Nguyen G., Pénard T., « Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriété », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2000, « Économie des contrats : bilan et perspectives », pp. 297-316

Dantonel-Cor N., « La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l'État », *RTD eur.* 1998. 98

Debbasch C., « Introduction », *Radio et télévision en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1984*, Paris, C.N.R.S., 1985

Debbasch C. (dir.), *La Commission nationale de la communication et des libertés*, Économica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Science et droit administratifs », Paris et Aix-en-Provence, 1988, 137 p. ;

Decocq G., « À propos de la décision n° 04-D-54 du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004, les infrastructures essentielles : une théorie d'application immédiate », *Communication — Commerce électronique*, 2005, n° 1, comm. n° 15

Decocq G., « À propos l'arrêt de la Cour de cassation Chambre commerciale du 23 octobre 2007, France Telecom », *Contrats — Concurrence — Consommation*, 2007, n° 12, comm. n° 308

Decoopman N., « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1987, I, n°3303

Decoopman N., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1993, pp. 211-230.

Decoopman N., « Peut-on clarifier le désordre ? », *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, PUF, 2002

Decoopman N., « Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation – L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2010, pp. 147 suiv.

Degoffe M., *L'ambiguïté de la sanction administrative*, *AJDA*, 20 octobre 2001, numéro spécial, p. 30

Degoffe M., *Les autorités publiques indépendantes*, *AJDA* 2008 p. 622

Deguergue M., « Sanctions administratives et responsabilité », *AJDA* 2001 p. 81.

Deguergue M., « Les sources constitutionnelles du droit de la responsabilité administrative », in X. Bioy (ss. la dir. de), *Constitution et Responsabilité*, 2009, Montchrestien Lextenso, coll. Grands colloques, p. 145.

Delcros B., « La loi instituant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Légipresse* n°59, mars 1989, pp. 9-16

Delcros B., Vodan B., « Le régime des autorisations dans la loi relative à la liberté de communication », *R.F.D.A.*, 1987, p. 386-398

Delivet J.-P., Rony H., « La Commission nationale de la communication et des libertés et la régulation de la communication audiovisuelle », *Revue française d'administration publique*, n° 4, octobre-décembre 1987, p. 719 – 731.

Dellis G., « Régulation et droit public « continental » Essai d'une approche synthétique », *Revue du droit public et de la science politique*, 2010, n° 4, p. 957

Delpech X., « Pas d'obstacle aux pouvoirs de l'ARCEP de prendre des mesures conservatoires », *Dalloz actualité* 5 janvier 2007.

Delvolvé P., *Rapport au colloque « La justice hors du juge »*, *Les Cahiers du droit de l'entreprise* 1984, n° 4, p. 16.

Delvolvé P., « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 1

Delvolvé P., « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité », in « Conseil constitutionnel et Conseil d'État », *Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, L.G.D.J., Montchrestien, 1988, p. 295.

Delvolvé P., « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bulletin Joly Sociétés*, 1 juin 1990 n° 6, p. 499, n° 23

Delvolvé P., « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 47-70

Delvolvé P., « Paradoxes du (ou paradoxe sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », Mélanges René Chapus : droit administratif, Montchrétien, 1992

Delvolvé P., « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », Petites affiches, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18

Delvolvé P., « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », R.F.D.A., 2002 p. 222

Delzangles H., « L'office du CSA et son pouvoir de règlement des différends strictement encadrés par le juge », Revue juridique de l'économie publique n° 684, Mars 2011, comm. 14.

Delzangles H., « La détermination hésitante de la portée de l'indépendance des autorités de régulation nationales par la Cour de justice de l'Union européenne », Revue juridique de l'économie publique n° 689, août 2011, comm. 41

Denord F., « Néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950) », Histoire, économie & société, 2008/1, pp. 23 suiv.

Derepas L., « Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE », AJDA 2007 p. 2145

Derieux E., « Le nouveau statut de la communication », R.D.P., 1987, pp. 321-360

Derieux E., « Réforme du statut de la communication audiovisuelle en France, La loi du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », R.D.P., n°1, 1990, pp. p.133-151

Donier V., « Les lois du service public : entre tradition et modernité », AJDA, 2006 p. 1219

Douence J.-C., « Les services publics locaux », in Encyclopédies des collectivités locales, 2003

Drago R., « Paradoxes sur les contrats administratifs », Études offertes à Jacques Flour, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 151 suiv..

Drago R., « Les fonctions de l'État dans la pensée de C. Eisenmann », dans La pensée de C. Eisenmann, P. Amselek (dir.), Economica, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986, pp. 75-83.

Drago R., « Le juge judiciaire, juge administratif », R.F.D.A., 1990, n° 5, pp. 757-763

Dreifuss-Netter F., « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD Civ. 1990 p. 369

Dreyer E., « Les incidences de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur la peine », Revue Lamy Droit Des Affaires, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 39

Dreyfus F., « Le débat en France », in Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique : colloque, Paris, 11 et 12 mai 1990, Centre d'études et de recherches sur l'administration publique, Economica, 1991, p. 39

Dreyfus J.-D., « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique », in Autorités de régulation et vie des affaires, B. Bouloc (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, Actes, 2006, spéc. p. 11.

Dreyfus J.-D., « Règlement des différends Dans le secteur de l'énergie – L'Autorité de régulation peut-elle écarter un acte réglementaire qu'elle estime illégal ? », A.J.D.A., 2011, pp. 1312-1313

Driguez L., « Le juge, garant de l'efficacité du principe de prescription en droit français de la concurrence — (à propos de l'arrêt de la CA Paris, 1^{re} ch. H, 23 mai 2006, sur l'affaire de la construction de l'hémicycle du Parlement européen de Strasbourg) », JCP E n° 36, 7 septembre 2006, 2279

Drooghenbroeck S. van, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in Droit économique et droits de l'Homme, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), 1^e éd., 2009

Dubey B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », Cahiers de droit européen, 2003, vol. 39, n° 1-2, pp. 87-134

Dubouis L., « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », RFDA 1996, p. 583 ;

Dubreuil C.-A., « Le contrôle juridictionnel de la révocation des maires », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38, 20 septembre 2010, 2281.

Duguit L., « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Revue d'économie politique, 1893, p. 99-132

Duguit L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », R.D.P. 1906, pp. 413-471

Duprat J.-P., « La soumission des régulateurs à régulation », AJDA, 2006, p. 1203.

Dupré-Dallemagne A.-S., « Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers », Recueil Dalloz 2004 p. 869.

Dupuis G., « Définition de l'acte unilatéral », Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1977, pp. 205-213,

Dupuis-Toubol F., « Le juge en complémentarité du régulateur », LPA, 23 janvier 2003 n° 17, p. 17 ; Droit et économie de la régulation, vol. 1, Presses de Sc. Po., 2004, pp. 132-144.

Dupuy R.-J., « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1950, pp. 510-511

Dupuy-Busson S., « Le médiateur du cinéma : une autorité administrative indépendante méconnue », Légipresse 2001, n° 183, II, p. 93

Dutheil de la Rochère J., Jowell J., « Le juge et le contrôle de l'Administration en Grande-Bretagne », Revue du droit public, 1979, pp. 1059-1082

Eckert G., « La responsabilité administrative des autorités de régulation », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, étude 13, n° 16-20.

Edelman B., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », Recueil Dalloz, 31 mars 2011, n° 13, p. 897.

Eisenmann Ch., « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques (La soumission de cette responsabilité à un droit « autonome » est-elle le principe ? », JCP 1949.I.742 et 751.

Eisenmann C., « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D.C.E., n° 11, p. 25

Elvinger M., « Le contentieux de l'annulation des actes administratifs face à l'exigence du recours de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Bull. dr. h.* 5, 1996, p. 94.

Epron Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *Revue française de droit administratif*, n°5, 2011, p. 1007-1018

Etoa S., « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 358-365

Eveillard G., « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2010 p. 531

Fages F., Rodrigues S., « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », *AJDA* 2005 p. 1896

Farina-Cussac J., « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *Revue de science criminelle* 2002 p. 517.

Farjat G., « Bibliographie », *Revue internationale de droit économique* 4/2010 (t. XXIV), p. 519-527.

Fatôme É., « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1192

Fauvarque-Cosson B., « Le changement de circonstances », in *Durées et contrats*, *Rev. des contrats*, 2004, pp. 67

Favoreu L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 189

Feldman J.-P., « Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *Recueil Dalloz*, 9 décembre 2010, n° 43, spéc. p. 2853.

Ferrand J., « Aux confins du politique et du juridique... ou du bon usage des déclarations de droits par les corps administratifs et judiciaires de la Révolution », *Clio@Themis*, n° 3

Ferrari-Breur C., « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration », *RFDA* 2001 p. 33

Février J.-M., « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA* 1995, p. 867

Flauss J.-F., « Les incidences du droit européen sur les théories du droit administratif français », *Petites Affiches* 29 novembre 1989, p. 21

Flauss J.-F., « Rapport français », in *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, J. Schwarze (éd.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 31.

Fontaine F., Weigel G., « Principe d'équité et droit de la régulation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2008, n°38, pp. 87-94

Fontbressin P. de, « L'abus de dépendance économique, l'équité et la détermination du prix », *Gazette du Palais*, 1997, 1re, sem., pp. 251-252.

Fossier T., « La régulation judiciaire de la régulation économique – Interview », *Concurrences*, n° 4-2009, pp. 7-10.

Fossier Th., Saltiel M., « Parties et tiers en droit répressif de la concurrence : Leur statut devant la cour d'appel de Paris », *Concurrences*, n° 1-2011, n°33854.

Foulquier N., « Le service public », in *Traité de droit administratif*, P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (ed.), tome 2, Paris, Dalloz, 2011

Fourgoux J.-L., Chagny M., Riffault-Silk J., Tricot D., Pecnard C., « Approches plurielles du déséquilibre significatif », *Concurrences*, N° 2-2011, n°35454

Fourgoux J.-L., « L'incidence des évolutions constitutionnelles européennes sur la matière pénale : les enquêtes de concurrence », *Revue Lamy Droit Des Affaires*, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 49

Franchini C., « Les notions d'administration indirecte et de coadministration », in *Droit administratif européen*, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Brussels, Bruylant, 2007

Françillon J., « Médias et droit pénal Bilan et perspectives », *Revue de science criminelle* 2000 p. 59

Fréget O., « Orientation vers les coûts : de la régulation au droit ? », in *La tarification dans le domaine des télécoms*, Entretien du Conseil d'État, Quelle tarification pour les services liés à l'usage d'infrastructures ? Mercredi 16 décembre 2009, *Revue Lamy de la concurrence*, 2010, n° 23

Friboulet A., « Régularité de la procédure d'élaboration des décisions administratives en matière sanitaire, principe d'impartialité et prévention des conflits d'intérêts », *Revue juridique de l'économie publique* n° 689, Août 2011, comm. 37.

Frison-Roche M.-A., « Le modèle de marché », *Archives de philosophie du droit*, n° 40, 1995, pp. 287-313

Frison-Roche M.-A., « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 613.

Frison-Roche M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126

Frison-Roche M.-A., « Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004 p. 451

Frison-Roche M.-A., « Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10^e forum de la régulation », *Petites affiches*, 22 octobre 2004, n° 212, p. 6

Frison-Roche M.-A., « Le régulateur analyse largement sa compétence pour connaître tout litige d'accès au réseau public d'électricité (C.R.E., dél., 22 juill. 2004, J.M.F. Immo) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2004, n°1, pp. 136-137.

Frison-Roche M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends — Entre office de régulation et office juridictionnel civil », p. 276 suiv., in *Les risques de régulation*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, *Droit et économie de la régulation*, vol. 3, 2005, 334 p.

Frison-Roche M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends – Entre office de régulation et office juridictionnel civil », p. 274 suiv., in *Les risques de régulation*, ss la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, *Droit et économie de la régulation*, vol. 3, 2005

Frison-Roche M.-A., « Le pouvoir du régulateur de régler les différends – Entre office de régulation et office juridictionnel civil », *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires. Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005.

Frison-Roche M.-A., « Le régulateur encadre les modes d'accès au stockage de gaz naturel », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005, n° 3, pp. 110-111

Frison-Roche M.-A., « Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique », in *Droit et économie de la régulation, Responsabilité et régulations économiques*, tome 5, Presses de Sciences Po, 2007, pp. 55-70

Frison-Roche M.-A., « Va-t-on vers une acceptation unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Revue de la conc. et de la conso.*, cahier spéc., n° 92, p. 13

Frison-Roche M.-A., « Actualité du droit de la régulation » *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, n° 11, p. 171.

Frison-Roche M.-A., « Autorités administratives incomprises (AAI) », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 29 novembre 2010, 1166

Frison-Roche M.-A., « Qu'est-ce qu'un prix en droit ? Du droit des contrats au droit de la régulation », *Regulatory Law Review*, *Les Petites Affiches*, n° spéc., 6 mai 2010, n°90, pp. 13 suiv..

Frison-Roche M.-A., « Qu'est-ce qu'un prix en droit ? Du droit des contrats au droit de la régulation », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, 2010, p. 177.

Frison-Roche M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Nov. 2010, étude 34.

Frison-Roche M.-A., « QPC, autorités de concurrence et de régulation économique : implications institutionnelles », in *Question prioritaire de constitutionnalité et droit des affaires*, Coll. Université du Maine, *Petites affiches*, 29 septembre 2011 n° 194, p. 25

Fromont M., « Le débat à l'étranger », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique*, CERAP (org.), G. Dupuis (dir.), *Economica*, 1991, p. 48

Fromont M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 p. 156

Gahdoun P.-Y., « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 51

Gamet L., « Le principe de la personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », *JCP éd. G*, 2001, I, 2001, I, 1345

Garcia de Enterria E., « Le contrôle de l'administration. Techniques, étendue, effectivité des contrôles. Contentieux administratifs objectifs et contentieux administratifs subjectifs à la fin du XXe siècle Analyse historique et comparative », *Revue administrative*, 2000, n° spéc. n° 3, pp. 125-131

Garant P., « Le statut légal des tribunaux administratifs et leurs rapports avec le gouvernement », *Administration Publique du Canada*, vol. 27, n°3, (Automne 1984), pp. 329-347

Gaudemet Y., « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? », *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117

- Gaudemet Y., « Les actions administratives informelles, *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 2, avril-juin, pp. 645-654
- Gaudemet Y., « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du conseil de la concurrence », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 50, 15 décembre 1999, I 188
- Gaudemet Y., « La responsabilité de l'Administration du fait de ses activités de contrôle », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 566
- Gaudemet Y., « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 1/2004, n°109, pp. 13-16, spéc. p. 13, n° de la revue sur La régulation.
- Gaudemet Y., « La loi administrative », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 juin 2006, n° 1, p. 65.
- Gaudemet Y., « Rapport de synthèse », in *La concurrence*, Société de législation comparée, Coll. Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, tome LVI, 2010
- Gauthier L., « L' accès des tiers au réseau ferroviaire français », *A.J.D.A.*, 2003 p. 1441.
- Gautron A., « La « réponse graduée » (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juill. 2009, n°51
- Genevois B., « La sanction administrative en droit français », *APC* 1984.70
- Genevois B., « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 12 juin 2007, n° 163, p. 13.
- Godet R., « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA* 2002 p. 957
- Gohin O., « La contradiction hors de l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme — La contradiction avant l'article 6 § 1 », *RFDA* 2001 p. 2
- Gonod P., « La place du « Traité de la juridiction administrative » d'Édouard Laferrière dans l'évolution du droit administratif français », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, pp. 87-107.
- Gorchs B., « La médiation dans le procès civil : sens et contresens Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. Civ.*, 2003, p. 409.
- Goyard P., « L'antinomie du principe d'action d'office et du principe de non-coercition », *Archives de philosophie du droit*, 19, vol. XIX (1974), pp. 373-404.
- Grayot S., « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures* n° 4, Avril 2010, dossier 2
- Guglielmi G.-J., « Le rôle du Conseil d'Etat dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », *RFDA* 1996 p. 305
- Guglielmi G.-J., Koubi G., « La notion de service public en droit européen », *AJDA* 2009 p. 1783
- Guibal M., « De la proportionnalité », *AJDA* 1978, p. 477 ;

Guibal M., Commerce et industrie, in Répertoire de droit commercial, 2003

Guillaume E., Coudray L., « Le contentieux des décisions de règlement de différends des autorités de régulation devant le juge judiciaire », Revue juridique de l'économie publique n° 691, novembre 2011, étude 6.

Guillaume-Hofnung M., « La médiation », AJDA 1997 p. 30

Guinchard S., « Vers une démocratie procédurale », Justices, 1999, nouvelle série, p. 91

Guinchard S., « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire », in Clefs pour le siècle, Paris 2, Dalloz, 2000.

Guyomar M., « Les sanctions administratives », Petites affiches, 12 janvier 2006, n° 9, p. 9.

Grard L., « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité — À propos de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », Europe n° 3, mars 2011, étude 3, spéc. n° 10.

Grynberg A., « 1939-1940 : l'internement en temps de guerre — Les politiques de la France et de la Grande-Bretagne », Vingtième Siècle. Revue d'histoire, 1997, vol. 54, n° 54, pp. 24-33.

Grynfogel C., « Le CSA, le règlement des différends et la libre concurrence — De l'application extensive d'une compétence limitée dans la décision du 8 juillet 2008 », JCP E n° 47, 20 Novembre 2008, 2394

Guibal M., « De la proportionnalité », AJDA 1978, p. 477

Hamant H., « L'adaptation du droit à la mise en ligne des procédures administratives », Droit Administratif n° 5, Mai 2006, Étude 10

Hauriou M., « Les éléments du contentieux », in Recueil de législation de Toulouse publié par l'Académie de législation et par la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, 1905, pp. 1-98 et 1907 pp.149-191

Hauriou M., « L'institution et le droit statutaire », in Recueil de Législation de Toulouse, 2^e série, t. 11, 1906, pp. 134-182

Heilbronner A., « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », Recueil Dalloz, 1953, chron., p. 35

Heilbronner A., Drago R., « L'administration consultative en France », International Review of Administrative Sciences, 1959, pp. 25-57

Helin J.-C., « Décision administrative concertée et performance », in Performances et droit administratif, N. Albert (dir.), Litec LexisNexis, Coll. Colloques & Débats, 2010, pp. 71-88.

Hubert J.-M., « Les Entretiens de l'A.R.T. — Droit des télécommunications : bilan et perspectives », Petites affiches, 10 septembre 1999, n° 181, p. 3.

Hubrecht H.-G., « La notion de sanction administrative », in « Les sanctions administratives – Formes nouvelles de l'action administrative et séparation des pouvoirs », Les Petites Affiches, n° spéc., n°8, 17 janvier 1990, pp. 6 suiv.

Huet P., « La loi du 17 janvier 1989 sur la liberté de communication », Dalloz, Chron. XXVII, pp. 179-188

Huet P., « Le référé administratif dans le domaine de la communication audiovisuelle », Recueil Dalloz 1990 p. 104.

Idot L., « L'empiétement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », Revue des contrats, 1er juillet 2004, n° 3, p. 882

Idot L., « L'autorité de la concurrence, régulateur des industries de réseau ? », in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Paris, Litec, Dalloz, 2011, pp. 183-206, spéc. pp. 187-195

Idot L., « Application par les autorités nationales et autonomie procédurale », Europe n° 2, Février 2011, comm. 71.

Idoux P., « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », R.F.D.A., 2010, p. 920

Idoux P., Romi R., « Sur la « propriété » des gares », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 16, 18 Avril 2011, 2160

Israël J. -J., « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », in Mélanges René Chapus : droit administratif, Montchrestien, 1992, p. 315

Jamin C., « Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats », Revue Lamy de la concurrence 2005, n°2, 02/2005

Jamin C., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », Recueil Dalloz 2005 p. 2342

Jamin C., « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat cadre sans exiger la preuve d'un abus », in Droit et économie des contrats, ss la dir. de C. Jamin, Paris, LGDJ, Coll. Droit, économie, 2008, pp. 93-113.

Jamin C., « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in Repenser le contrat, G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009, 305 p.

Janicot L., « Formes et procédures administratives non contentieuses : un domaine de compétence réservé au pouvoir réglementaire ? Une fausse idée claire », AJDA 2010 p. 540.

Jardin J. du, « Justice must not only be done ; it must also be seen to be done », in Imperat lex : liber amicorum Pierre Marchal, Larcier, 2003, p. 37.

Jarrosson C., « La médiation et la conciliation : essai de présentation », Dossier Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit, Droit & Patrimoine, 1999, n°77, décembre 1999.

Jeammaud A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. Clam et G. Martin (dir.), Les transformations de la régulation juridique, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et Société. Recherches et travaux, 1998, p. 47

Jèze G., « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », R.D.P. 1909, pp. 667-695

Jèze G., « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », R.D.P. 1913, pp. 437-502

Jeuland E., « L'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique », RJ com., n° spéc., Le juge de l'économie, nov. 2002, pp. 156-167

Jeuland E., « Régulation et théorie générale du procès », p. 260 in Les risques de régulation, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Paris, Presses de Sciences Po, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, vol. 3, 2005, 334 p.

Jèze G., « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et en recours de pleine juridiction », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1908, p. 671

Jèze G., « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1909, p. 667

Jobart J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », in Revue de la recherche juridique — Droit prospectif n° 2004-1, pp. 33-73

Joly-Huard J., « La médiation en droit de la communication : de la régulation à la déontologie », Légipresse, n°208, janv.-fév. 2004, pp. 16 suiv.

Jongen F., Les autorités administratives indépendantes de régulation de l'audiovisuel en Europe, Annales de Droit de Louvain (Bruxelles), mai 1994, n° 2, pp. 143-166

Juglart M. de, « Les sanctions administratives dans la législation récente », JCP G 1942, I, 283.

Jussiaux A., « Le contentieux du droit d'accès aux réseaux d'électricité et de gaz devant le régulateur de l'énergie », Concurrences, n° 1-2011

Karpenschif M., « Vers une définition communautaire du service public ? », RFDA 2008. 58

Kluger J., « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Revue de science criminelle 1995 p. 505

Koering-Joulin R., Seuvic J.-F., « Droits fondamentaux et droit criminel », A.J.D.A. 1998, p. 106

Kovar J.-P., « La responsabilité des autorités de régulation face au dualisme juridictionnel », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, mars 2009, étude 12

Kovar J.-P., Lasserre Capdeville J., « La responsabilité des autorités de régulation bancaire et financière : l'AMF et l'ACP », Revue Lamy Droit des Affaires, 2010, n° 53

Kovar J.-P., « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2010, dossier 19, n°11

Kovar R., « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Larcier, Bruxelles, 1978, p. 245

Lafarge F., « Les catégories du droit de la police administrative », in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, J.-B. Auby (dir.), Dalloz, 2010, pp. 718-719.

Lafferrière F.-J., « Pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour faire respecter le pluralisme », A.J.D.A., 2003, p. 745

Langlais É., « Les criminels aiment-ils le risque ? », Revue économique, 2/2010 (vol. 61), pp. 263-280

Larère E., C. Broto, « Le projet de loi relatif au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information et autres mécanismes de lutte contre la piraterie des films sur Internet », *Gazette du Palais*, 10 mai 2005 n° 130, p. 33.

Larrieu J., Le Stanc C., Tréfigny P., « Droit du numérique septembre 2007 — juin 2009 », *Recueil Dalloz* 2009 p. 1992.

Lasserre Capdeville J., « Éclairage — Une sanction susceptible de disparaître : la peine accessoire de l'article L. 231-6, al. 1 du Code monétaire et financier », *Bulletin Joly Bourse*, 1er mai 2011 n° 5, p. 304.

Latournerie R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *E.D.C.E.*, 1960, p. 93

« La nouvelle réforme de l'audiovisuel », *R.F.D.A.*, 1987, n°3, pp. 343-418 et les articles de D. Truchet, S. Regourd, J. Morange, B. Delcros et B. Vodan, G. Drouot, M.-C. Boutard-Labarde et une analyse de droit comparé de M. Fromont, F. Moderne

Lavialle C., « Les mises en demeure administratives », *AJDA*, 20 mai 1980, pp. 267-281 ;

Le Barbier-Le Bris M., « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Liber Amicorum Jean Raux*, Éditions Apogée, 2006, p. 419

Le Goff R., « Les modes alternatifs de règlements : vers l'efficacité juridique », *JCP Adm.* 2005, p. 1285

Leben C., « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), Lamy, P.U.F., Coll. Quadrige Dicos poche, 2003.

Lécuyer H., « Éditorial — Soros ou Sorrow ? Feu la légalité criminelle », *Bulletin Joly Bourse*, 1 mars 2012, n° 3, p. 97

Lemaître M.-F., « Téléprocédures administratives : le pari de la confiance », *AJDA* 2001 p. 628

Lepetit-Collin H., Perrin A., « La distinction des recours contentieux en matière administrative (Nouvelles perspectives), *RFDA* 2011 p. 813

Les Cahiers de la communication, vol. 3, n°1-2, 1983 (notam. les études de MM. Balle, Drago, Israël, Robert, Blin, Derieux, Aymard).

Les Nationalisations d'Après-Guerre en Europe Occidentale, *Le mouvement social*, n° 134, Jan. — Mar. 1986

Le Yoncourt T., « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, Coll. Colloques & débats, 2006

Leveneur L., « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998 p. 676

Ligneau P., « Un instrument de contrôle des professions : les licences délivrées par l'administration (fin) », *Droit Social*, avril 1966, n°4, pp. 193-201

Linotte D., « Principes d'égalité, de liberté du commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, dir. J.-M. Rainaud, R. Cristini, Economica, 1987

- Linotte D., « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », AJDA 2005 p. 1549
- Lombard M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA, 2005, p. 530
- Lombard M., « Référé-suspension et autorités de régulation », Droit Administratif n° 8, août 2005, comm. 125
- Lombard M., « La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français », pp. 81 suiv., in *The public law/private law divide : une entente assez cordiale ? La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, M. Freedland, J.-B. Auby, Oxford, Portland, Or., Hart, 2006.
- Lombard M., « « Jus Classicum » : la régulation des activités postales », Revue juridique de l'économie publique, n° 631, mai 2006, pp. 181-196
- Lombard M., « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », Revue juridique de l'économie publique, n° 683, Février 2011, repère 2
- Lombard M., « Dans quelle mesure est-il encore utile de se référer à la liberté du commerce et de l'industrie ? », Revue juridique de l'économie publique, n° 690, octobre 2011, pp. 1-2
- Loschak D., « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », A.J.D.A., mai 1971, p. 270
- Loschak D., « Le principe de légalité », A.J.D.A. 1981, p. 387
- Louvaris A., « Lois techniciennes et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique », Petites affiches, 5 juillet 2007, n° 134, p. 60
- Luben I., « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », AJDA 2001 p. 121.
- Lyon-Caen A., « Régulation », in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet, P.U.F., 2004.
- Maistre R.-O., « Le Médiateur du cinéma : conciliation et régulation », AJDA 2009 p. 2460
- Magnier V., Paclot Y., « Le principe de la personnalité des poursuites et des peines à l'épreuve des décisions de sanction de l'AMF », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2010, p. 529
- Malarat V., « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », pp. 1-14, *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires : actes du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC) à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*, ss la dir. de B. Saintourens, Paris, Litec, Collection Colloques et débats, tome 24, 2009.
- Malaurie Vignal L., « Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? Bilan et perspectives », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, déc. 2006.
- Maleville-Costedoat M.-H., « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Colloque du 22 juin 2007, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), *Société de législation comparée*, 2008, 191 pages », RTD Civ. 2008 p. 741

Mamontoff C., « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », RFDA 1999 p. 1004.

Marais B. du, « L'adoption sous haute tension du troisième « Paquet Énergie » », Gazette du Palais, 3 avril 2010, n° 93, p. 11

Marcou G., « La notion juridique de régulation », AJDA 2006 p. 347 suiv.

Marcou G., « Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé », in Droit de la régulation, service public et intégration régionale, tome 1, Comparaisons et commentaires, p. 60.

Marcou G., « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », RFDA, 2006, p. 84.

Marcus É., « Deux ans de modernisation de l'État », AJDA 2007 p. 457

Marguénaud J.-P., « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », Revue des contrats, 1 juillet 2009, n° 3, p. 1211.

Marie L., « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1901, II, pp. 265-296

Marimbert J., « L'office des autorités de régulation », Petites affiches, 3 juin 2002, n° 110, pp. 73

Marimbert J., « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie-Anne Frison-Roche Droit et économie de la régulation, tome 1, Presses de Sciences Po, Hors collection, 2004, pp. 179-183

Martin S., « Le rapport Grignon et l'ouverture à la concurrence mesurée et progressive du transport ferroviaire de voyageurs », Revue de droit des transports n° 9, Septembre 2011, étude 8

Martin S., Levilain F., « L'application de la théorie des « facilités » essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », Gazette du Palais, 23 octobre 2002, pp. 4-6

Massot J., « La répartition du contentieux entre les deux ordres », RFDA 2010 p. 907-911

Matsopoulou H., « La censure par le Conseil constitutionnel de la peine de publication de la décision de condamnation applicable au délit de fraude fiscale », Revue des sociétés, juin 2011, pp. 377-380.

Mayaud Y., « La justice pénale dans le monde des affaires », Justices. Revue de droit processuel, 1995, n° 1, p. 35-43

Mazeaud D., « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in C. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires 2003, pp. 135-151

Mazeaud D., « La révision du contrat », Les petites affiches, 30 juin 2005, pp. 4

Mazères J.-A., « Duguit et Hauriou », in Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009, F. Melleray (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 126

Mehdi R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence », RTD eur. 1996, p. 77

Mehdi R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » dans Droit administratif européen, sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2007, pp. 685-726

Mekhantar J., « Fonction publique et e- administration : un mariage d'amour ou de raison ? », AJFP 2004 p. 281

Melleray F., « L'accroissement du degré de contrôle des sanctions professionnelles », Droit Administratif n° 10, octobre 2007, comm. 145

Melleray F., « Léon Duguit – L'État détrôné », in Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle, N. Hakim, F. Melleray (ed.), Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2009

Menuret J.-J., « La saisine d'office du Conseil de la Concurrence au regard de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Contrats Concurrence Consommation, 2002 n° 1, pp. 4 -12

Mestre J.-L., « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », Recueil Dalloz, 1984, chron. I, p. 1.

Mestre J.-L., « Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien Régime et en Angleterre », in Annuaire d'histoire administrative européenne, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18e/19e s.), 1996, n° 8, pp. 37-53.

Mestre J., « La liberté de choisir son cocontractant : une liberté fondamentale, mais non absolue », RTD Civ. 1999 p. 79.

Mestre J.-L., « Administration, justice et droit administratif », in Annales historiques de la Révolution française, n° 328.

Mestre J.-L., « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », Études et documents du Conseil d'État, Paris, Documentation française, n° 43, 1991, pp. 281-298

Mestre J.-L., « Un projet d'annulation par Louis XVI de deux arrêtés du directoire de la Haute-Garonne », Études à la mémoire du professeur François Burdeau, Litec, 2008, pp. 175-183

Mignon E., « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », AJDA 2001 p. 99.

Millard É., « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et Société, 30/31, 1995, pp. 381-412

Millard É., « Ce que « doctrine » veut dire », pp. 3-12, in La doctrine en droit administratif (colloque de l'A.F.D.A., Litec, Coll. Colloques & débats, tome 26, Litec, 2010.

Mirat É., « La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ? », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, juill. 2009, n°51-59

Mitard É., « L'impartialité administrative », AJDA 1999 p. 478

Moderne F., « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA 1997 p. 1

Moderne F., « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », RFDA 2002 p. 483

Moderne F., « Responsabilité de la puissance publique et contrôle prudentiel des entreprises du secteur financier, Retour sur la jurisprudence Kechichian », in Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 593 et s..

Moderne F., « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006 p. 2

Mohamed Salah M. M., « Les transformations de l'ordre public économique Vers un ordre public réglementaire », in Mélanges Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, spéc. p. 289

Montels B., « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », A.J.D.A., 2002, p. 417

Montels B., « Un an de droit de l'audiovisuel », Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2010, chron. 6

Montet Ch., « Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », Revue Lamy de la concurrence, 2008, n°17, 10-2008, n°11

Morand-Deville J., « Le contrôle de l'administration : la spécificité du juge administratif et du juge judiciaire », in Le contrôle juridictionnel de l'administration : bilan critique, CERAP (org.), G. Dupuis (dir.), Economica, 1991, p. 188

Morange G., « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », D. 1956, chron., p. 121

Morange J., « Les pouvoirs de la Haute autorité de la communication audiovisuelle », R.D.P., n°6, déc. 1983, pp. 1509-1525

Morange J., « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », dans le numéro spécial de la R.F.D.A., La nouvelle réforme de l'audiovisuel, 1987, n°3, pp. 372-385

Motulsky H., « Le droit subjectif et l'action en justice », in Le droit subjectif en question, Coll. Archives de Philosophie du Droit, tome 9, Sirey, 1964, pp. 215-227.

Moureau L., « Notion et spécificité du contentieux administratif », in Mélanges Dabin, pp.179-196

Mouron P., « Les salles de cinéma entre l'art et l'industrie Travelling sur une législation fluctuante à l'heure du cinéma numérique », A.J.D.A. 2010, p. 1862

Muller A.-C., « La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2011, étude 11

Munck J. de, Lenoble J., « Droit négocié et procéduralisation », in Droit négocié, droit imposé ?, P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Facultés universitaires Saint-Louis, Coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, tome 72, 1996, p. 171

Naugès S., « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », A.J.D.A., 2007, p. 672

Nevoltry F., Delcros B., Le Conseil supérieur de l'audiovisuel : fondement politique et analyse juridique, loi du 17 janvier 1989, Paris, Victoires-Editions, Coll. Légipresse, 1989, 253 p.

Nicinski S., « Personne publique et droit du marché », in La personnalité publique, Association française pour la recherche en droit administratif, Litex LexisNexis, Coll. Colloques & Débats, Travaux de l'AFDA – 1, pp. 225-239

Nicinski S., « Le mode de régulation », RFDA, 2010, p. 735.

Nicinski S., Intervention économique et régulation, in Traité de droit administratif, P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (ed.), Paris, Dalloz, 2011, spéc. p. 120

Nivault S., « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications », Revue Lamy de la concurrence, février 2005, n° 2

Nougaret G., « Les fragiles équilibres de la loi relative à la régulation des activités postales », JCP A, 12 décembre 2005, n° 50, pp. 1833 -1840

Noury A., « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif », JCP A 2005, p. 1286

Odent R., « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953, n° 7, p. 55 ;

Odent R., « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », E.D.C.E. 1962, n° 18, p. 43

Ost F., « La régulation : des horloges et des nuages... », in Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?, B. Jadot, F. Ost (dir.), Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. Travaux et recherches, Facultés universitaires Saint-Louis, tome 39, 1999, spéc. p. 21.

Ourliac P., « La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge », Mémoires de la Soc. pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans, fasc. 34, 1977, pp. 14-15

Paclot Y., « Le juge et les décisions de sanction de l'Autorité des marchés financiers », in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Dalloz, 2011

Paclot Y., « De la nature de la commission des sanctions de l'ACP et de quelques autres questions... », Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2011, alerte 26

Pacteau B., « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », La Revue administrative, vol. 52, n° 1, n° spécial : « Évolutions et révolution du contentieux administratif », 1999, pp. 51-68

Pacteau B., « Le commissaire du gouvernement : tout va très bien ! », AJDA 2006-2503

Parléani G., « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles : Essai d'une problématique », n°3 in La sanction des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce, Colloque 5e journée Christian Gavalda, Concurrences, n°1, 2008

Pauliat H., « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », RFDA 2008, p. 225.

Peigné J., « Impartialité de l'Ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 159

Pénard Th., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », Revue internationale de droit économique, 2/2002 (t. XVI), pp. 293-312

Pénichon C., « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », Modernisation du droit de la concurrence, G. Canivet (dir.), Paris, L.G.D.J., coll. Droit et économie, 2006

Petit J., « Déontologie et organisation des professions de santé », Revue de droit sanitaire et social, 2002 p. 707 ;

Petit-Renaud S., « La notion de police et son usage en France. L'exemple de la ville d'Amiens (XIV-XVI^e siècle) », in Normes et normativité, Études d'histoire du droit offertes à Albert Rigaudière, Economica, 2009, p. 125

Perrot R., Rapport de synthèse du colloque « La réforme des procédures civiles d'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 », RTD Civ. 1993 p. 165.

Peylet R., « La nouvelle régulation ferroviaire. À propos de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 », Revue Juridique de l'Économie Publique, février 2010, n°672, pp. 3 -9

Picard É., « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A., 1998, p. 6

Picard É., « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », A.J.D.A., 1998, p. 651.

Piette-Coudol T., « La dématérialisation des procédures devant les juridictions administratives », Droit Administratif n° 7, juillet 2005, comm. 106.

Piette-Coudol T., « Les procédures administratives électroniques réglementées », Droit Administratif n° 2, Février 2006, comm. 20.

Piette-Coudol T., « Le recours aux moyens électroniques dans la procédure civile, pénale et administrative », Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2009, étude 24

Piniot M.-C., « La mise en oeuvre de la répression à l'encontre des personnes morales — Évaluation comparée des deux voies répressives », Revue de science criminelle 1996 p. 293.

Pirovano A., « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », Rev. Justices n° 1, janv.-juin 1995, pp. 15-33

Piwnica E., « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », RFDA 2010 p. 915.

Plessix B., « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », in Droit, n° 38, 2003, p. 113

Pochard M., « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », AJDA 2001 p. 106

Poesy R., « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », Petites affiches, 20 octobre 2000 n° 210

Poesy R., « Le Conseil de la concurrence et les collectivités territoriales », JCP A n° 5, 28 janvier 2008, 2019

Pollaud-Dulian F., « Copie privée. Nature juridique. Rémunération pour copie privée. Concurrence. Devoir d'information », RTD Com. 2009 p. 131.

Pontier J.-M., « Le médiateur du cinéma », Revue administrative, janv.-fév. 1992, n°265, pp. 9-17

Pontier J.-M., « La marche vers la dématérialisation », AJDA 2004 p. 233

Pontier J.-M., « Les personnes publiques, le cinéma et la concurrence », Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 29, 14 Juillet 2008, act. 633.

Pralus-Dupuy J., « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », Revue de science criminelle 1995 p. 723

Pralus-Dupuy J., « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », Recueil Dalloz 2008 p. 317

Prétot X., « Le pouvoir de sanction à l'épreuve des principes constitutionnels. À propos de la censure pour partie de la loi HADOPI », in Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 97-111

Puisoye J., « La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration », A.J. 1962, p. 79

Puy-Montbrun G. du, Martor B., « La Commission de régulation de l'électricité », LPA, 14 janvier 2000 n° 10, p. 9

Quilichini P., « Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », AJDA, 2004, p. 1060.

Racine P.-F., « Le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie. — Premières leçons », Revue juridique de l'économie publique n° 673, Mars 2010, étude 4

Rajot B., « Pouvoir d'annulation et de réformation des décisions du Conseil de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 avril 2003, 666.

Rapp L., « La réforme du régime juridique des télécommunications en France », R.F.D.A., 1991, p. 244.

Rapp L., « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », R.M.C.U.E., 1995, p. 352.

Rapp L., « Les nouvelles régulations économiques », A.J.D.A., 2001, p. 560.

Rapp L., « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », A.J.D.A., 2004, p. 579.

Rapp L., « Le droit des communications entre réglementation et régulation », AJDA 2004 p. 2047

Rapp L., « L'avenir de la régulation », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2006, n° 17, p. 51

Rapp L., « La nouvelle réglementation européenne des communications électroniques : du « paquet » au « paquetage » », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2010, n°60

Rapp L., « Nature et pouvoirs de l'Autorité de régulation des mesures techniques de protection », RLDI, 2007, n°23 janvier 2007

Reinhard Y., « La fixation du prix par expert (C. civ., art. 1592 et 1843-4) », Gazette du Palais, 20 mai 2010 n° 140, p. 33

Renaudie O., « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique », Petites affiches, 22 janvier 2009, n°16, p. 24.

Renault C.-Éd., « La distribution des films : comment prévenir les conflits et comment les résoudre », Gazette du Palais, 16 mai 2006, n° 136, p. 17

Regourd S., « Le droit de la communication audiovisuelle après la loi du 29 juillet 1982 », Actualité Législative, Dalloz, 1983, p. 23

Regourd S., « La dualité public-privé et le droit de la communication audiovisuelle », dans le numéro spéc. de la R.F.D.A., 1987, n°3, p. 357

Reulos M., La notion de « justice » et l'activité administrative du roi en France (XVe-XVIIe siècles) », in Histoire comparée de l'Administration (Ive-XVIIIe siècles), Artemis Verlag, 1980, p. 33

Revel G., « La protection du concessions de services communaux et intercommunaux de transport contre la concurrence des entreprises privées de transport en commun avant le décret-loi du 19 avril 1934 (La concurrence du Rail et de la Route) », Annales du droit et des sciences sociales, p. 233.

Ribs J., Schwartz R., « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », Gazette du Palais, 28 - 29 juillet 2000, p. 3.

Richer L., « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », C.J.E.G., 1990, p. 367

Richer L., « Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », C.J.E.G., novembre 1990, pp. 367-379

Richer L., « L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 depuis 1989 : principales décisions du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris », C.J.E.G., juin 1991, pp. 175-178

Richer L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA, 1997, p. 3

Richer L., « Le juge économiste ? », A.J.D.A., 2000, p. 703.

Richer L., « La régulation et les collectivités locales : l'exemple de l'électricité », C.J.E.G., chronique, 2004, p. 109.

Richer L., « Une nouvelle conception du service public de l'électricité et du gaz », A.J.D.A., 2004, p. 2094.

Richer L., Jeanneney P.-A., Charbit N., « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A. 2004 p. 1508

Richer L., « Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie », in Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne, 1264 p.

Richer L., « Audiovisuel : publication du décret relatif à la procédure de règlement de différends par le Conseil supérieur de l'audiovisuel », in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit (dir.), A.J.D.A., 2006, p. 1697.

Rideau J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Ann. français de droit international*, 1972, pp. 864-903

Riffault J., « L'application du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives », *Revue de science criminelle* 1998 p. 134.

Riffault-Silk J., « Droit des contrats et régulation économique », *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n°3, étude 3-79

Riffault-Silk J., « La régulation économique dans le secteur de l'énergie », *Concurrences*, n° 2-2010, spéc. p. 7, n° 47 ;

Riffault-Silk J., « La régulation de l'énergie : bilan et réformes », *Revue internationale de droit économique*, 2011/1, tome XXV, pp. 5-41

Ripert G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1935, p. 348

Rivero J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges Waline, L.G.D.J.*, 1974, tome II, p. 701.

Rivero J., *Rapport final*, *Revue internationale de droit comparé*, Année 1989, Vol. 41, n° 4, pp. 919 – 926.

Robert J.-H., « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », *AJDA* 1995 *Chroniques* p. 76

Robineau Y., « Le médiateur du cinéma (Un exemple de procédure de conciliation au service du droit) », *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 615 et suiv.

Robineau-Israël A., Lasserre B., « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003 p. 1325

Rochfeld J., « Du statut contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éd., 2008, pp. 835-866

Rodrigues S., « La coordination entre régulateurs au sein de l'Union européenne », *La coordination des autorités de régulation, Les actes des ateliers de la concurrence du 26 janvier 2010 de la D.G.C.C.R.F.*, p. 13.

Rolin E., « La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'ART d'ouverture d'un nouveau pallier tarifaire pour l'accès « Internet à la minute » », *La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications*, n° 26, juillet 2002, p. 6

Rolin É., « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *LPA*, 23 janvier 2003, n° 17, p. 26

Rolin É., « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de sciences Po, Dalloz, Coll. *Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation*, n° 1, 2004, pp. 149-173

Roseau M., « La Cour d'appel de Paris et le contentieux objectif du droit de la concurrence : Du contrôle à la régulation ? Retour sur les années 2003-2006 », *Concurrences*, n° 3-2007, pp. 72-80

Rosenfeld E., Veil J., « Sanctions administratives, sanctions pénales », Pouvoirs, 2009/1, n° 128, p. 62.

Rosenfeld M., « « Droit et démocratie » : un ouvrage de référence », in Jürgen Habermas et le Droit, Revue du Droit Public, 1er novembre 2007, n° 6, p. 1506.

Rougevin – Bavière M., La sanction en matière administrative dans le droit français, Association des Conseil d'État et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne, Rapport français, 3e colloque de Bruxelles sur Les sanctions en matière administrative, 1972

Rouyère A., « Responsabilité civile et régulation — Éléments d'une rencontre », in M.-A. Frison-Roche, Droit et économie de la régulation, tome 5, Responsabilité et régulations économiques, Paris, Presses de Sciences Po « Hors collection », 2007, p. 19

Rouyère A., « La responsabilité du régulateur, clé d'efficacité du droit de la régulation », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 4

Roy D. de, Queck R., « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition – Vers un « droit de la régulation », Journal des tribunaux, 6 septembre 2003, n°6104, pp. 553 suiv., spéc. p. 556, n°13-15

Rozes S., « Un profil nouveau pour les juges », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot : Dalloz, 1996, p. 435

Sablière P., « Libre propos sur les notions de réglementation, tutelle et régulation dans les rapports entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques », C.J.E.G., 1997, p. 1.

Sablière P., « Nul n'est-il censé ignorer internet ? », AJDA 2010 p. 127

Samuel X., « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », Exposé à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007

Sabourin P., « Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle », A.J.D.A., mai 1983, p. 275

Salomon R., « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière — Conformité aux garanties fondamentales », JCP G n° 42, 18 octobre 2000, I 264

Salque C., Kohler M., « La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports ou l'accès équitable et non discriminatoire au marché ferroviaire national libéralisé », Revue de droit des transports n° 3, Mars 2010, étude 3

Sardain F., « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2004, Étude 12

Sauron J.-L., « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales », in Droit administratif européen, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Brussels, Bruylant, 2007.

Sauvé J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français », AJDA 2001, n° spécial, p. 17

Schmidt-Szalewski J., « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », RTD Civ. 2000 p. 25

- Schnäbele P., Beauvais F., « Réforme de l'État et téléprocédures », *AJDA* 2001 p. 608
- Schockweiler F., Wivenes G., Godart J.-M., « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *Revue trimestrielle de droit européen* (Paris), vol. 26, n° 1, janvier-mars 1990, p. 27-74
- Schockweiler F., « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTD eur.* 1992. 27 ;
- Schrameck O., « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *Mélanges Braibant*, 1996, p. 629
- Scoffoni G. et al. « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel* 2/2011 (n° 86), pp. 315-368
- Seerden R., « Comparative Remarks », pp. 401-419, in *Administrative law of the European Union, its member states and the United States : a comparative analysis*, R. Seerden, (ed.) Intersentia, Coll. *Ius Commune Europaeum*, tome 68, 2007.
- Sénac de Monsebernard M., « L'intervention de la CRE au titre de sa mission de règlement des différends », *Droit Administratif*, n° 4, avril 2005, comm. 58
- Sevy D., « Régulation et concurrence — Quelle convergence ? », *Concurrences* n° 1-2011
- Sicard G., « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », *Ann. Fac. De droit de Toulouse*, t. XI, 1963, pp. 74-75).
- Sieber U., « Union européenne et droit pénal européen Proposition pour l'avenir du droit pénal européen », *Revue de science criminelle* 1993 p. 249
- Siirainen F., « L'Autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2007/25
- Silva I. de, « Conditions d'ouverture des réseaux câblés aux services de télécommunication », *AJDA*, 1998, p. 835
- Simon D., « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire », *AJDA* 1996, p. 489
- Sirat C., « L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative », *JCP*, 1958, I, n° 1440
- Sirinelli J., « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2011, n° 4, p. 883.
- Sfez L., « La nature juridique des sanctions fiscales non pécuniaires », *Rev. de sciences financières* 1966, pp. 361-396
- Soleil S., « Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, Coll. *Colloques & débats*, 2006, 347 p.
- Soulard Ch., « Demande d'annulation d'un règlement communautaire sur le fondement de l'incompétence de la Communauté en matière pénale », *Revue de science criminelle*, 1993 p. 147
- Souty F., « Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence : Approche comparée des pays du G7 », *Concurrences*, n° 2-2007, pp. 201-208

Stasiak F., « Les incidences des évolutions constitutionnelles sur la sanction des délits et manquements boursiers », *Revue Lamy Droit Des Affaires*, sept. 2011, suppl. au n° 63, p. 26

Strubel X., « Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécommunications », *Lex Electronica*, vol. 4, n° 1, 1998

Sudre F., « L'onde de choc de l'article 6 de la CEDH en matière de sanctions fiscales », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 43, 22 octobre 1997, II 22935

Sudre F., « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 10, 8 mars 2000, II 10267.

Sudre F., « Plénitude de juridiction du juge de l'excès de pouvoir en « matière civile » », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 48, 23 novembre 2009, 488.

Sueur J.-J., « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in *Droit économique et droits de l'Homme*, L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (coord.), 1^e éd., 2009, p. 115

Taillefait A., « L'ouverture des marchés postaux européens : lenteurs et résistances », *Droit administratif*, 1er octobre 2005, n° 10, pp. 7-15

Taton X., Van Der Haegen O., « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *Journal de droit européen*, n° 180, 6/2011, p. 157

Teitgen-Colly C., « Les instances de régulation et la Constitution », *Revue du droit public et de la science politique*, 1990, n° 1, pp. 153-259 et pp. 214-218.

Teitgen-Colly C., « Garanties du procès équitable et répression administrative », in *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, *Economica*, 1993, p. 302.

Terneyre Ph., « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998, pp. 667-672

Terneyre P., « La compétence du juge administratif », *AJDA* 2000 p. 697

Terré F., « La réforme de la COB, la confusion des pouvoirs », *Vie judiciaire*, 7 août 1989, p. 3.

Terré F., « Au coeur du droit, le conflit », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice – L'obligation impossible*, Autrement, Série Morales, n°16, 1994, p. 100 suiv.

Théophile D., Renaudeau É., « Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA : Coopération ou concurrence ? », *Concurrences*, n° 3, 2008, pp. 67-75, spéc. p. 68, n° 9

Thiellay J.-P., « L'évolution récente du régime des sanctions du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *AJDA* 2003 p. 475

Thomas I., « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *AJDA* 2004 p. 330

Thoumyre L., « Les faces cachées de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi « DADVSI » », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, oct. 2006, n°20-1.

Timsit G., « Les deux corps du droit Essai sur la notion de régulation », *Rev. française d'administration publique*, n° 78, 1996

Timsit G., « Normativité et régulation », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, Études et doctrines, La normativité.

Timsit G., « Braibant Lecture 2007: Reinventing the State to be continued », International Review of Administrative Sciences, June 2008, vol. 74, n° 2, pp. 165-175.

Tinière R., « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », RFDA 2009 p. 729.

Tocqueville J.-G. de, Delaunay B., « Le pouvoir de sanction de l'ACP : le nouveau cadre procédural », Bulletin Joly Bourse, 1 février 2011 n° 2, p. 124.

Tocqueville J.-G. de, Rogey É., « Publicité des travaux de la commission des sanctions de l'AMF : le bilan d'un an de pratique », Bulletin Joly Bourse, 1 décembre 2011 n° 12, p. 677.

Troper M., Le concept d'État de droit, Droits, 1992, n° 15 p. 51.

Troper M., « Le pouvoir des juges constitutionnels », article publié sur le site internet La vie des idées

Truche P., Introduction au colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 1993, p. 231

Truchet D., « Une loi de la dernière chance ? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », JCP, 1983, I, n°3120

Truchet D., « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », in Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 539-553.

Tuot T., « La planète des sages », in Notre État : le livre vérité de la fonction publique, R. Fauroux, B. Spitz, Paris, R. Laffont, 2001

Tuot T., « Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends », R.F.D.A., 2003, p. 312.

Tuot T., « La jurisprudence 2004 de la CRE en matière de règlement de différends poursuit la promotion des objectifs du régulateur (SINERG, EDF...) », Concurrences, n° 1-2005, n°1445, pp. 121-123

Tuot T., « L'autorité de la CRE en tant qu'autorité de règlement des différends 2003/2004 », R.J.E.P./C.J.E.G., n°616, janvier 2005, pp. 1-11

Tuot T., « La Cour d'appel juge que la CRE n'a pas le pouvoir d'adresser à un utilisateur du réseau une injonction de conclure un contrat », in Concurrences, n° 2, 2005, n°1203, pp. 98-100

Turpin D., « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », Contrats publics — Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, tome 1, Montpellier, P.U. de droit de Montpellier, 2006.

Vabres R., « Le pouvoir de décision individuelle des Autorités européennes de surveillance », Euredia, Revue Européenne de Droit Bancaire & Financier, 2010, n°3, pp. 399 suiv.

Vabres R., « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2011, étude 12

- Valette B., « Quelles perspectives pour la médiation administrative », LPA 13 juill. 1999, p. 12
- Vallens J.-L., « La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire », La Semaine Juridique Edition Générale n° 11, 14 mars 2007, I 119.
- Van de Kerchove M., « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », Revue de science criminelle 2008 p. 805.
- Vandermeeren R., « La « double peine » : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », AJDA 2003 p. 1854
- Vedel G., « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », JCP, 1948, 682, n° 11 et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP 1950, I, 581, n° 4
- Vedel G., « La soumission de l'administration à la loi », Revue Al Qanoun Wal Iqtisad, Le Caire, 1952
- Vedel G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », Études et documents du Conseil d'État, n° 8, reprod. in Pages de doctrine, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 129-176
- Vedel G., « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », RFDA, n° 5, 1990, p. 698
- Verbiest T., « Adoption de la loi DADVSI et décision du Conseil constitutionnel : point de répit estival ! », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, sept. 2006, n°19-44
- Verpeaux M., « La liberté de communication avant tout — La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel », La Semaine Juridique Edition Générale n° 39, 21 Septembre 2009, 274
- Vève É., « Les règlements de différend par l'Autorité de régulation des télécommunications », Contrats publics, n° 24, juillet 2003
- Viel M.-T., « Errements des sanctions administratives », A.J.D.A. 2007 p. 1006.
- Vieu P., « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », RFDA, 2010 p. 35-61
- Viney G., « La responsabilité », in Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit, Sirey, 1990, n° 35, pp. 275-292.
- Vulser N., « Désaccords entre France Télécom et les câblo-opérateurs », Le Monde, 23 juin 1998
- Waline M., « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », RDP, 1928, pp. 441-462
- Waline M., « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1935, pp. 205-236
- Waline M., « Le principe « audi alteram partem » », Livre jubilaire du Conseil d'État luxembourgeois, 1958, p. 495
- Waline M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique. Faut-il tuer les catégories juridiques », Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, tome 1, Théorie générale du droit, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1963, p. 365

- Waline M., « Préface », *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975.
- Weigel G., « La procédure de règlement des différends devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RLDI* 2006/20, n° 628
- Werner A., « Le régime des actes de droit privé soumis à autorisation administrative », *R.D.P.* 1984 p. 731.
- Woehrling J.-M., « La revanche du plein contentieux », in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque anniversaire des tribunaux administratifs, 1995, p. 247.
- Zeghib H., « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *R.D.P.* 1998, p. 467
- Ziller J., « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1996 p. 185
- Ziller J., « Introduction : Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen » in *Droit administratif européen*, sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 235 à 241.
- Ziller J., « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *Rev. Française de droit administratif*, sept.-oct. 2010, pp. 901 suiv..

II — Articles anglophones

- Abbot C., « The Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 », *Environmental Law Review*, 2009, pp. 38-45
- Aitman D., « Competition law constraints on access charges in the England and Wales water industry », *Utilities Policy*, vol. 10, 2001, pp. 129 – 136
- Akehurst M., « Statements of Reasons for Judicial and Administrative Decisions » (1970) 33 *Modern Law Review* 154
- Alexander I., Mayer C., Weeds H., « Regulatory Structure and Risk and Infrastructure Firms : An International Comparison », *World Bank Policy Research Working Paper* n° 1698, November 30, 1999
- Allan T. R. S., « The Constitutional Foundations of Judicial Review : Constitutional Conundrum or Interpretative Inquiry » [2002] *Cambridge Law Journal* 87.
- Allio L., « On the Smartness of Smart Regulation – A Brief Comment on the Future Reform Agenda », *European Journal of Risk Regulation*, n°1/2011, pp. 19-20
- Allison J. W. F., « The Procedural Reason for Judicial Restraint » [1994] *Public Law*, pp. 452 – 473
- Alternative Dispute Resolution at RTOs, ISOs, and Power Pools, Energy Bar Association, Alternative Dispute Resolution Committee, Panel Presentation, May 22, 2007, *Energy Law Journal*, vol. 58, pp. 517
- Altree L. R., « Administrative Sanctions : Regulation and Adjudication », *Stanford Law Review*, Vol. 16, No. 3 (May, 1964), pp. 630-648

Andenas M., Fairgrieve D., « Sufficiently Serious ? Judicial Restraint in Tortious Liability of Public Authorities and the European Influence » in *English Public Law and the Common Law of Europe*, M. Andenas (ed), Key Haven Publications Plc, 1998, p. 286

Andenas M., Zleptnig S., « Telecommunications Dispute Resolution : Procedure and Effectiveness » (2004) 15 *European Business Law Review* pp. 477 – 663

Andrews P., Gorecki P. K., « The Use by Irish Courts of EU Jurisprudence to Resolve Conflicts Between National Competition Law and Regulation : Panda Waste », *European Competition Journal*, December 2010, pp. 541

Andrews P., « Post-modern judgments of Ireland's Competition Court : from Appalachian Coal to Socony Vacuum (and back again) », *European Competition Law Review*, 2011, 32 (1), 17-26

Arnulf A., « The principle of effective judicial protection in EU law : an unruly horse ? », *European Law Review*, 2011, p. 51

Arrowsmith S., « Judicial review and the contractual powers of public authorities », *Law Quarterly Review*, 1990, p. 277-292

Ashworth A., « Interpreting criminal statutes : a crisis of legality ? », *Law Quarterly Review*, 1991, p. 419

Ashworth A., « Is the Criminal Law a Lost Cause », *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 225

Ashworth A., Zedner L., « Defending the Criminal Law : Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions », *Crim Law and Philos* (2008) 2:21 – 51

Asimow M., « When the Curtain Falls : Separation of Functions in the Federal Administrative Agencies », 81 *Columbia Law Review* 759 (1981).

Bagshaw R., « Monetary Remedies in Public Law — Misdiagnosis and Misprescription » [2006] *L.S.* 4

Bailey E. E., « Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy », *The American Economic Review*, vol. 71, n° 2, *Papers and Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1981), pp. 178-183

Bailey S., Bowman M., « Public Authority Negligence Revisited » [2000] *Cambridge Law Journal*, vol. 59, pp. 85-132

Bailey S. H., « Judicial review of contracting decisions », *Public Law*, 2007, pp. 444-463

Baldwin R., « The New Punitive Regulation », (2004) 67 *Modern Law Review* 351-383

Baldwin R., « Better Regulation : Tensions Aboard the Enterprise », pp. 27 – 9 in *Better regulation*, S. Weatherill (ed.), Oxford, Portland Or., Hart Pub., 2007

Baldwin R., Black J., « Really responsive regulation », *Modern law review*, 2008, 71 (1). pp. 59-94.

Baldwin R., Black J., *Really responsive regulation*, LSE law, society and economics working papers, 15-2007. Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK

Baldwin R., Cave M., Lodge M., « Introduction : Regulation-The Field and Developing Agenda », in *The Oxford Handbook of Regulation*, Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge (ed.), Oxford University Press, 2010

- Bamforth N., « Ultra vires and Institutional Independence », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, Hart, 2000, chap. 6
- Barber N., « The Academic Mythologians » (2001) 22 O.J.L.S. 369 ;
- Barberis P., « Whitehall Mandarins and the British Elite Network, 1870-1945 », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, p. 7.
- Bartle I., Vass P., *Self-Regulation and the Regulatory State- A Survey of Policy and Practice*, Centre for the study of Regulated Industries (CRI), Research Report, 17.
- Bavasso A., Long D., « The Application of Competition Law in the Communications and Media Sector : A Survey of Recent Cases », *Journal of European Competition Law & Practice*, may 2010.
- Beale H., Dugdale T., « Contracts between businessmen : planning and the use of contractual remedies » (1975) 2 *British Journal of Law and Society* 45
- Beatson J., « Which Regulatory Bodies are Subject to the Human Rights Act ? », in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 12
- Beatson J., « The role of statute in the development of common law doctrine », 2001, *L.Q.R.*, p. 258
- Beazley T. A. G., « Holding the Balance-Effective Enforcement, Procedural Fairness and Human Rights », in *Regulating financial services and markets in the twenty first century*, E. Ferran, C. Albert, E. Goodhart (ed.), Hart Publishing, 2001, chap. 9.
- Becker G. S., « Crime and Punishment : An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (Mar. — Apr., 1968), pp. 169-217
- Bell J., « L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes », *EDCE* 2001, n° 52, pp. 401-410
- Bellamy R., « Constitutive Citizenship versus Constitutional Rights : Republican Reflections on the EU Charter and the Human Rights Act », in T. Campbell, K. D. Ewing, A. Tomkins (eds), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- Bellamy R., « Political constitutionalism and the Human Rights Act », *Int J Constitutional Law* (2011) 9 (1), pp. 86-111.
- Bellantuono G., « The Limits of Contract Law in the Regulatory State », *European Review of Contract Law*, vol 6 (2), 2010, pp. 115-142
- Birkinshaw P., « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1015 (trad. par E. Breen).
- Black J., « Talking About Regulation », *Public Law*, 1998, pp. 77
- Black J., *Risk-based regulation : choices, practices and lessons learnt*. In : *Risk and regulatory policy : improving the governance of risk*, OECD, Paris, France, 2010, pp. 185-224
- Black J., Baldwin R., « Really responsive risk-based regulation », *Law & policy*, 2010, 32 (2), pp. 181-213

Black J., The rise, fall and fate of principles based regulation. Law, Society, Economy Working Papers, WPS 17-2010, Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK

Black J., Forms and paradoxes of principles-based regulation. LSE law, society and economics working papers, 13-2008, Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK

Black J., Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes, LSE law, society and economy working papers, 02-2008. Department of Law, London School of Economics and Political Science, London, UK

Black J., « Forms and paradoxes of principles-based regulation », Capital markets law journal, 2008, 3 (4). pp. 425-457.

Black J., Hopper M., Band C., « Making a success of Principles-based regulation », Law and financial markets review, 1 (3). pp. 191-206.

Black J., « Tensions in the regulatory state », Public law, 2007 (Spring). pp. 58-73

Black J., « The decentred regulatory state ? », in P. Vass (ed.) CRI regulatory review 2006/2007. Centre for the study of Regulated Industries, The University of Bath, Bath, UK, pp. 249-290

Black, Julia (2002) Regulatory conversations. Journal of law and society, 29 (1). pp. 163-196.

Black J., « Decentring regulation : understanding the role of regulation and self regulation in a « post-regulatory » world », Current legal problems, 2002, 54, pp. 103-146.

Black J., Critical reflections on regulation, CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002, London, UK

Black J., « Critical reflections on regulation », Australian journal of legal philosophy, 2002, 27, pp. 1-35

Black J., « Regulatory conversations », in S. Picciotto and D. Campbell (eds.) New directions in regulatory theory. Blackwell Publishing, Oxford, pp. 163-196

Black J., « Proceduralising regulation : part II », Oxford journal of legal studies, 2001, 21 (1), pp. 33-58

Black J., « Proceduralising regulation : part I », Oxford journal of legal studies, 2000, 20 (4). pp. 597-614

Black J., « Using rules effectively », in C. McCrudden (ed.) Regulation and deregulation : policy and practice in the utilities and financial services industries. Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 95-122.

Black J., « Constitutionalizing Self-Regulation », The Modern Law Review, 1996, vol. 59, n°1, pp. 24-55.

Black J., « Designing Regulation : Lessons from the Financial Crisis », Warwick Law School & Law Commission Symposium on Law Reform & Regulation, 13th-14th September 2011

Blair M., « Human Rights and Market Abuse », in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process, University of Cambridge, Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 16

- Blanchard C., « Telecommunications regulation in New Zealand How effective is ‘light-handed’ regulation ? », *Telecommunications Policy*, 1994, vol. 18, n°2, pp. 154-164
- Blanchard C., « Telecommunications regulation in New Zealand : the Court of Appeal’s decision. *Clear Communications v Telecom Corporation* », *Telecommunications Policy*, vol. 18, issue 9 (1994), pp. 725 – 733
- Blanchard C., « Telecommunications regulation in New Zealand : How effective is « light-handed » regulation ? », *Telecommunications Policy*, vol. 18, issue 2 (1994), pp. 156 – 157.
- Blanchard C., « Telecommunications regulation in New Zealand Light-handed regulation and the Privy Council’s judgment », *Telecommunications Policy*, 1995, vol. 19, n°6, pp. 465-475.
- Bloom-Cooper L., « Judicial Review : its Provenance and Scope », in M. Supperstone, J. Goudie, P. Walker, *Judicial Review*, LexisNexis Butterworths, 3rd ed., 2005, spéc. n° 3.2.
- Blouin C., « The WTO Agreement on Basic Telecommunications : a reevaluation », *Telecommunications Policy*, vol. 24, 2000, pp. 135-142
- Bovaird T., « E-Government and e-Governance : Organisational Implications, Options and Dilemmas », *Public Policy and Administration*, 2003, vol. 18, n° 2, pp. 37-56
- Botchway F. N., « Can the law compel business parties to negotiate ? », *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 3, pp. 286
- Bowman M., Bailey S., « Negligence in the Realms of Public Law — A Positive Obligation to Rescue » [1984] *Public Law* 277
- Boyron S., « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, (1992) 12 (2), pp. 237-264
- Braithwaite J., « The New Regulatory State and the Transformation of Criminology », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40, n°2, pp. 222-238.
- Braithwaite J., « The Regulatory State », in *The Oxford Handbook of Political Institutions*, R.A.W. Rhodes, S. A. Binder, B. A. Rockman (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008, spéc. p. 406
- Brock G. W., « Interconnection Policy and Technological Progress », 58 *Fed. Comm. L.J.* 447 (2006), spéc. p. 447
- Brown C., « Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law », in *International Investment Law and Comparative Public Law*, S.W. Schill (ed.), Oxford University Press, 2010, spéc. p. 674.
- Brown C., Scott C., « Regulation, Public Law, and Better Regulation » (2011) 17 *European Public Law* pp. 467 – 484
- Brown R., Rankin M., « Persuasion, Penalties and Prosecution : Administrative v Criminal Sanctions » 346, in ML Friedland (ed), *Securing Compliance : Seven Case Studies*, Toronto, University of Toronto Press, 1990.
- Bruce Hoffman D., Sean Royall M., « Administrative Litigation at the FTC : Past, Present, and Future », *Antitrust L.J.* 319 (2003-2004) 71
- Burca G. de, « Proportionality and Wednesbury Unreasonableness : The Influence of European Legal Concepts on UK Law », in M. Andenas (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe* (Key Haven, 1998), Ch. 4

Burns R. E., Witkind Davis V., Wirick D. W., *Some Issues in Commission Mediation and Arbitration of Interconnection Agreements : Defining and Staffing the Administrative Process*, The National Regulatory Research Institute, June 1996

Campbell C. D., « The nature of power as public in English judicial review », *Cambridge Law Journal*, 2009, 68 (1), pp. 90-117

Cane P., « Taking disagreement seriously : courts, legislatures and the reform of tort law », p. 44 in *Private Law in Theory and Practice*, M. Bryan (ed.), Routledge-Cavendish, 2006.

Cane P., « Understanding Administrative Adjudication », in *Administrative law in a changing state : essays in honour of Mark Aronson*, L. Pearson, C. Harlow, M. Taggart, Oxford, Portland, OR, Hart Pub., 2008. p. 274.

Carnwath R., « The Thornton heresy exposed : financial remedies for breach of public duties » *Public Law* 1998, Aut, pp. 407-422.

Carnwath L.J., « Administrative justice — a quiet revolution », *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 30, Issue 4, Dec. 2008, pp. 283 – 286

Chadwick E., « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe ; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field of Service », *Journal of the Statistical Society of London*, Vol. 22, No. 3 (Sep., 1859), pp. 381-420.

Chaty L., Girlanda C., « Towards an Electronic Administration ? Local Information Systems, or the Web Modernization of Local Administration », *International Review of Administrative Sciences*, March 2002, vol. 68, pp. 25-43.

Chester N., « Fringe Bodies, Quangos and All That », *Public Administration*, Vol. 57, Issue 1, pp. 51 – 54

Chester D. N., (1954), « The Crichton Down Case », *Public Administration*, 32 : 389 – 401 ;

Clayton N., « The FSA and Articles 1 and 6 of the ECHR », *Company Lawyer*, 2003, p. 41

Clayton R., « Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency » [2003] *C.L.J.* 93

Clayton R., Sachdeva V., « The role of Judicial Review in Curing Breaches of Article 6 », 2003 *Judicial Review* 90

Clayton R., Ghaly K., « Shifting Standards of Review », 2007, *Judicial Review*, p. 210

Coase R. H., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44

Coglianesi C., « E-Rulemaking : Information Technology and the Regulatory Process » (2004) 56 *Administrative Law Review* 353

Coglianesi C., « Federal Agency Use of Electronic Media in the Rulemaking Process », University of Pennsylvania Law School, Public Law Research Paper n° 11-32.

Collins H., « The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe » (2011) 22 *European Business Law Review* pp. 425 – 435

Craig P., Bamforth N., « Constitutional Analysis. Constitutional Principle and Judicial Review » [2001] *Public Law* 763 ;

Craig P., « Negligence in the Exercise of a Statutory Power » (1978) 94 Law Quarterly Review 428

Craig P., « Compensation in Public Law » (1980) 96 Law Quarterly Review 413

Craig P. P., « Constitutions, Property and Regulation », Public Law, 1991, pp. 538-554

Craig P., « Legitimate Expectations : A Conceptual Analysis » (1992) 108 L.Q.R. 79

Craig P., « The Common Law. Reasons and Administrative Justice » [1994] C.L.J. 282

Craig P. P., « Once more unto the breach : the Community, the State and damages liability », Law Quarterly Review, 1997, 113 (Jan), 67-94.

Craig P. P., « Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review », Cambridge Law Journal, 57 (1), March 1998. pp. 63-90

Craig P., « Substantive Legitimate Expectations and the Principles of Judicial Review », in M. Andenas (ed), English Public Law and the Common Law of Europe, Key Haven, 1998, Ch.3

Craig P., « Competing models of judicial review », Public Law, 1999, Aut, pp. 428-447.

Craig P. P., « The Courts, the HRA & Judicial Review », 2000, n°117, Law Quarterly Review, pp. 589-590.

Craig P., Schonberg S., « Substantive Legitimate Expectations after Coughlan » [2000] P.L. 684

Craig P., « The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights », Public Law, 2003, p. 762

Craig P., « Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy » [2003] Public Law 92

Craig P., « Judicial review, appeal and factual error », Public Law, 2004, pp. 788-807

Craig P. P., « Political Constitutionalism and Judicial Review », p. 12 in Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, A. Scully-Hill, M. Ramsden, eds., Oxford University Press, Forthcoming ; Oxford Legal Studies Research Paper No. 58/2009

Craig P. P., « Political Constitutionalism and Judicial Review », in Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, A. Scully-Hill, M. Ramsden, eds., Oxford University Press, Oxford Legal Studies Research Paper No. 58/2009.

Craig P., « Proportionality, Rationality and Review », 2010, New Zealand Law Review, p. 265

Craig P. P., « Political constitutionalism and the judicial role : A response », Int J Constitutional Law (2011) 9 (1) : 112-131

Craig P., Fairgrieve D., « Barrett, Negligence and Discretionary Powers » [1999] Public Law 626

Craig P., Trybus M., « Angleterre et Pays de Galles », pp. 339 suiv., in Droit comparé des contrats publics, R. Noguellou, U. Stelkens, Bruylant, Coll. Droit administratif/Administrative law, n° 5, 2010

- Crawford A., « Governing through anti-social behaviour : regulatory challenges to criminal justice », *British Journal of Criminology*, 2009, p. 810
- Croley S. P., « Theories of Regulation : Incorporating the Administrative Process », *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, pp. 1 suiv.
- Custos D., « Independent administrative authorities in France : structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization », in *Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth (ed.), *Research Handbooks in Comparative Law Series*, Edward Elgar Publishing, 2011, chap. 17
- Dabbah M. M., « The relationship between competition authorities and sectoral regulators : an international comparative perspective », *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper n° 52/2010*
- Dabbah M. M., « The Relationship Between Competition Authorities And Sector Regulators », *Cambridge Law Journal*, 70 (1), March 2011, pp. 113 – 143.
- Dallas J., « Licensing under the Railways Act 1993: in keeping with previous privatization legislation ? », *U.L.R.* 1994, 5 (2), pp. 57-58
- Dang-Nguyen G., Pénard T., « Interconnection agreements in telecommunications networks : from strategic behaviors to property rights », spéc. p. 359 in É. Brousseau, J.-M. Glachant (dir.), *The Economics of Contracts : Theories and Applications*, Cambridge University Press, 2002.
- Davies P., « Self Incrimination, Fair Trials and the Pursuit of Corporate and Financial Wrongdoing », in B. Markesinis (ed), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University Press, 1998, p. 31
- Davis K. C., « The Future of Judge-Made Public Law in England : A Problem of Practical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 61, 1961, p. 210
- Dawes S., (2008), « The Evolution and Continuing Challenges of E-Governance », *Public Administration Review*, 68 : pp. 86 – 102
- Deakin S., Pratten S., « Reinventing the Market ? Competition and Regulatory Change in Broadcasting », *Journal of Law and Society*, vol. 26, n°3, sept. 1999, p. 323
- Demetriou M., Houseman S., « Review for Error of Fact – A Brief Guide » [1997] *Judicial Review* 27.
- Demsetz H., « Why Regulate Utilities », *Journal of Law & Economics*, Apr. 1968, vol. 11, pp. 55-65
- Dicey A. V., « Development of Administrative Law in England », 31 *L. Q. Rev.* 148 (1915)
- Di Federico G., « EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem », (2011) 17 *European Public Law* pp. 241 – 260.
- Doe N., Young J., « Law and Administration in England from the Middle Ages to the 17th Century », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18e/19e s.)
- Dotan Y., « Why Administrators should be Bound by their Policies » (1997) 17 *O.J.L.S.* 23
- Doucet J., Littlechild S., « Negotiated settlements : The development of legal and economic thinking », *Utilities Policy*, Vol. 14, Issue 4, December 2006, pp. 266-277

- Drake W. J., Noam E. M., « The WTO deal on basic telecommunications Big bang or little whimper ? », *Telecommunications Policy*, 1997, vol. 21, n° 9/10, pp. 799-818
- Drewry G., « Lawyers in the UK Civil Service », 59 *Public Administration*, pp. 15-46
- Drewry G., « Lawyers and Statutory Reform in Victorian Government », in *Government and expertise : specialists, administrators and professionals, 1860-1919*, R. MacLeod (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1988, spéc. p. 39
- Drewry G., Gregory R., « Barlow Clowes and the Ombudsman », Part 1, *Public Law* 1991, Sum, pp. 192-214 et Part 2, Aut, pp. 408-442.
- Drewry G., « The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK : from Hewart to Leggatt », *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, n° 28E, SI/2009, pp. 45-64
- Drexel J., « Competition Law as Part of the European Constitution », in *Principles of European constitutional law*, A. von Bogdandy, J. Bast (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart, 2009
- Dyzenhaus D., « Reuniting the Brain : The Democratic Basis of Judicial Review » (1998) 9 *Public Law Review* 98
- Elliott M., « The demise of Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *Law Quarterly Review*, 1999, 115 (Jan), pp. 119-137 ;
- Elliott M., « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting : Still the Central Principle of Administrative Law », *The Cambridge Law Journal*, 1999, Vol. 58, issue 01, pp 129 – 158.
- Elliott M., « Proportionality and Deference : The Importance of a Structured Approach », in *Effective Judicial Review A Cornerstone of Good Governance*, C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, M. Ramsden, A. S. Hill (eds.), O.U.P., 2010
- Elliott M., « Has the common law duty to give reasons come of age yet ? », *Public Law*, 2011, p. 56.
- Elliot M., « The Human Rights Act and the Standard of Substantive Review » 2001, *Cambridge Law Journal* 301
- Elias P., « Legitimate Expectation and Judicial Review », in J. Jowell and D. Oliver (eds), *New Directions in Judicial Review*, Sweet & Maxwell, 1988, pp. 37-50
- Elisabeth de Leeuw M., « The European Ombudsman's Role as a Developer of Norms of Good Administration » (2011) 17 *European Public Law* pp. 349 – 368.
- Epworth J., « Protecting your private life : the future of OFCOM privacy complaints », *Communications Law*, 2005, 10 (6), pp. 191-196.
- Ergas H., Hornby J., Little I., Small J., *Regulatory Risk*, A paper prepared for the ACCC Regulation and Investment Conference
- Esin Örüçü A., « Methodology of comparative law », in Smits, Jan M. (ed.), 2006, *The Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing
- Fairgrieve D., « Pushing Back the Frontiers of Public Authority Liability » [2002] *Public Law* 288
- Fellmeth A. X., « Civil and Criminal Sanctions in the Constitution and Courts » 94 *Geo. L.J.* 1 (2005-2006)

Ferran E., « Dispute resolution mechanisms in the U.K. financial sector », *Civil Justice Quarterly*, 2002, 21 (Mar), pp. 135-155

Finer S. E., (1956), « The Individual Responsibility of Ministers », *Public Administration*, 34 : 377.

Fitzgerald P. L., « Constitutional Crisis over the Proposed Supreme Court for the United Kingdom », *beppress Legal Series*, 2004, Paper 276,

Flick G., « Administrative Adjudications and the Duty to Give Reasons-A Search for Criteria » [1978] *Public Law* 16

Fordham M., « Common Law Rights », *Judicial Review*, vol. 16, n° 1, March 2011 , pp. 14-21 (8)

Forrester I., « Antitrust Judicial Review : A synthesis of EU and national case laws », *e-Competitions*, n° 35611.

Forrester I. S., « Due process in EC competition cases : a distinguished institution with flawed procedures », *European Law Review*, 2009, p. 817 suiv.

Forrester I. S., « A challenge for Europe's judges : the review of fines in competition cases » *European Law Review*, 2011, 36 (2), pp. 185-207

Forsyth C., « The Provenance and Protection of Legitimate Expectations » [1988] *CL.J.* 238

Forsyth C. F., « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, The Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 55 (1), March 1996, pp. 122-140.

Forsyth C. F., Dring E., « The final frontier : the emergence of material error of fact as a ground of judicial review », in *Effective Judicial Review A Cornerstone of Good Governance*, C. F. Forsyth et alii (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010.

Foster C. D., « The future of regulation », Autumn 1993, *Utilities Law Review*, p. 110

Fredebeul-Krein M., Freytag A., « Telecommunications and WTO discipline An assessment of the WTO agreement on telecommunication services », *Telecommunications Policy*, 1997, vol. 21, n° 6, pp. 477-491

Frid R., « The Telecommunications Pact Under the GATS — Another Step Towards the Rule of Law », 1997, vol. 24, n° 2, *Legal issues of economic integration*, pp. 67-96

Fuller L. L., « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409

Gabel D., Pollard W., « Privatization, Deregulation, And Competition : Learning From The Cases Of Telecommunications In New Zealand And The United Kingdom », *The National Regulatory Research Institute*, january 1995, NRRI 94-32

Galligan D., « Judicial Review and the Textbook Writers » (1982) 2 *O.J.L.S.* 257

Ganz G., « Compensation for Negligent Administrative Action » [1973] *Public Law* 84

Garoupa N., Ogus A., Sanders A., « The Investigation and Prosecution of Regulatory Offences : Is There An Economic Case For Integration ? », *Cambridge Law Journal*, 70 (1), March 2011, pp. 229 – 259.

Garton J., « The judicial review of the decisions of charity trustees », *Trust Law International*, 2006, p. 160

Geradin D., O'Donoghue R., « The Concurrent Application of Competition Law and Regulation : The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector », *Journal of Competition Law and Economics* 2005 1 (2) : 355-425

Gijrath S. J. H., « Interoperability revisited : how far does the duty to negotiate access and interconnection extend ? », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006, 12 (1), pp. 14-21

Gilbert R. J., Newbery D. M., « The dynamic efficiency of regulatory constitutions », *RAND Journal of Economics*, 1994, n° 25, pp. 538-54

Gordon R., « Two Dogmas of Proportionality », *Judicial Review*, vol. 16, n° 3, pp. 182-191.

Globerman S., Booth P., « The Canada-US Free Trade Agreement and the telecommunications industry », *Telecommunications Policy*, December 1989, pp. 319-328

Glover R., « Regulatory Offences and Reverse Burdens : The 'Licensing Approach' », *Journal of Criminal Law*, 2007, n°71, p. 259

Graham C., « The regulation of privatised enterprises », *Public Law*, 1991, pp. 15 – 20

Graham C., *Privatization — The United Kingdom Experience (Symposium : Comparative Models of Privatization : Paradigms and Politics)*, 21 *Brook. J. Int'l L.* 185 (1995-1996), p. 207.

Graham C., « The Enterprise Act 2002 and Competition Law », *The Modern Law Review*, vol. 67, n° 2 (Mar., 2004), pp. 273-288

Graham C., « Judicial Review of the Decisions of the Competition Authorities and the Economic Regulators in the UK », p. 256 in *National courts and the standard of review in competition law and economic regulation*, ed. by Od. Essens, A. Gerbrandy, S. Lavrijssen, Groningen, Europa Law Publishing, 2009.

Gray K., Francis Gray S., « Private Property and Public Propriety », in *Property and the Constitution*, Janet Mclean (ed.), Oxford, Hart, 1999.

Greve C., Flinders M., Thiel S. van, « Quangos — What's in a name ? Defining Quangos from a Comparative Perspective », *Governance*, 12 (2), 129-146

Griffith J. A. G., « The Political Constitution », *The Modern Law Review*, Vol. 42, n° 1 (Jan., 1979), pp. 1-21

Griffith J. A. G., « The Crichton down Affair », *The Modern Law Review*, Vol. 18, No. 6 (Nov., 1955), pp. 557-570

Grinyer P., Pryor A., « The Origins of the Competition Appeal Tribunal and the Decisive Role Played by Sir Christopher Bellamy in its Development », *Competition Law Journal*, 2007, p. 241

Gross C., « Jurisdiction of the Court of Exchequer Under Edward I », 25 *L. Q. Rev.* 138 (1909)

Gunningham N., « Environment Law, Regulation and Governance : Shifting Architectures », *J Environmental Law*, 2009, Volume 21 Issue 2, pp. 179-212

Haapaniemi P., « Procedural Autonomy : a Misnomer ? » in *Europeanization of procedural law and the new challenges to fair trial*, ed. by L. Ervo, M. Gräns, A. Jokela, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, pp. 89-121.

- Hamson C. J. (1954), « The Real Lesson of Crichton Down », *Public Administration*, 32 : 383 – 387
- Hancher L., Larouche P., Lavrijssen S., *Principles of Good Market Governance*, *Tijdschrift voor Economie en Management*, Vol. XLIX, 2, 2004, p. 349.
- Hanebury J., « Smart Regulation – Rhetoric or Reality ? », *Alberta Law Review*, vol. 44, n° 1 (July 2006)
- Harcourt B. E., « Neoliberal Penalty : The Birth Of Natural Order, The Illusion Of Free Markets », John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 433 (2d series), Public Law and Legal Theory Working Paper n° 238
- Harden I., « A Constitutions for quangos ? », *Public Law*, 1987, pp. 27-35
- Harlow C., « A Punitive Role for Tort Law ? », in *Administrative Law in a Changing State : Essays in Honour of Mark Aronson*, p. 247.
- Harlow C., « Review : Changing the Mindset : The Place of Theory in English Administrative Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n° 3 (Autumn, 1994), pp. 419-434.
- Harlow C., « Rationalising administrative compensation », *Public Law*, 2010, Apr, pp. 321-339.
- Harlow C., « The influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in *Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, F. Melleray (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 227.
- Harris B. V., « The « third source » of authority for government action », *Law Quarterly Review*, 1992, p. 626
- Harris M., « The Place of Formal and Informal Review in the Administrative Justice System », in *Administrative justice in the 21st century*, Michael Harris Martin Partington ed., Oxford, Hart Publishing, 1999.
- Harris M., « The Ombudsman and Administrative Justice », pp. 168-190 in *Administrative Justice in the 21st Century*, Michael Harris Martin Partington ed., Oxford, Hart Publishing, 1999.
- Hartlief T., « Freedom and Protection in Contemporary Contract Law », *Journal of Consumer Policy* 27 : 253 – 267, 2004
- Havers P., A. Henderson, « Recent Developments (and Problems) in the Law on Bias », *Judicial Review*, 2011, pp. 80 suiv..
- Hearst S., « The development of cable systems and services », *Political Quarterly*, volume 54, 1983, pp. 387-392
- Heilbronner A., « Hearing and Consultation Procedure in France », *International Review of Administrative Sciences*, March 1959, n°25, pp. vi-viii
- Helm D., « British Utility Regulation : Theory, Practice, And Reform », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 10, n° 3, pp. 21-22
- Hesmondhalgh D., « Media and cultural policy as public policy », *International Journal of Cultural Policy*, vol. 11 (1), pp. 95-109.

Hewins A. S., « The Regulation of Wages by the Justices of the Peace », *The Economic Journal*, Vol. 8, No. 31 (Sep., 1898), pp. 340-346

Hickman T., « The Reasonableness Principle : Re-assessing its Place in the Public Sphere » [2004] *Cambridge Law Journal* 166

Hilty R. M., « Individual, Multiple and Collective Ownership – What Impact On Competition ? », *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-04*

Hirst P., « Quangos and Democratic Government », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n°2, pp. 341-359

Holburn G. L. F., Spiller P. T., « Institutional or structural : lessons from international electricity sector reforms », pp. 463-502, spéc. p. 464, in *The economics of contracts : theories and applications*, É. Brousseau, J.-M. Glachant (ed.), Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2002

Hogwood B. W., « The ‘Growth’ of Quangos : Evidence and Explanations », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 207-225

Hogwood B.W., « Developments in Regulatory Agencies in Britain », *International Review of Administrative Sciences*, 1990, vol. 56, pp. 595-612.

Holmes P., Kempton J., McGowan F., « International competition policy and telecommunications Lessons from the EU and prospects for the WTO », *Telecommunications Policy*, 1996, vol. 20, n° 10, pp. 755-767

Honoré T., « The Morality of Tort Law », in D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law O.U.P.*, 1995,

Horwitz M. J., « The History of the Public/Private Distinction », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, n° 6 (Jun., 1982), pp. 1423-1428

Hough B., « Local authorities as guardians of the public interest », *Public Law*, Spring 1992, pp. 130-149

Houghton J., Baldwin R., « Circular arguments : the status and legitimacy of administrative rules », *Public Law*, 1986, p. 278

Howell B., « Politics and the Pursuit of Telecommunications Sector Efficiency in New Zealand », *Journal of Competition Law & Economics*, 6 (2), pp. 253 – 276

Huang S. M., « A Highly Acrobatic Part of the Law », *Modern Law Review*, Vol. 25, n° 1 (Jan., 1962), pp. 113-115

Hulsmann J., James H., « Communications regulation — Armed for action : complaints to Ofcom under the UK’s new regime », *Competition Law Insight*, November 2003, pp. 18-23.

Hunt D., « Worthwhile Bodies », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 192-206

Huntley J. A. K., « New Directions in US Telecommunications Regulation : The Impact of the Telecommunications Act 1996 on Local Provision », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 8, Issue 3 (2000), pp. 310-337

Huntley J. A. K., Levine N., Pitt D. C., « Laboratories of De-Regulation ? Implications for Europe of American State Telecommunications Policy », *Journal of Information Law and Technology*, 1997, n°1.

- Jacobs F., « European Law and the English Judge », in Tom Bingham and the Transformation of the Law — A Liber Amicorum, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 436
- James R., « The new dispute resolution system in the U.K. financial services industry », *Journal of International Financial Markets*, 2002, 4 (6), pp. 191-199.
- Janisch H., Kurisaki Y., « Reform of telecommunications regulation in Japan and Canada », *Telecommunications policy*, March 1985, pp. 31-40
- Jenks E., « Prerogative Writs in English Law », 32 *Yale Law Journal* 529 (1922-1923)
- Jephcott M., « The First Two Years of the Competition Commission Appeal Tribunals », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 4, 2001, p. 217
- Joint Opinions of Lord Lester of Herne Hill QC and Javan Herberg, and Lord Lester of Herne Hill QC and Monica Carrs-Frisk, « Counsels' Opinions on the impact of the ECHR on the Draft Financial and Markets Bill » in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process*, Hart Publishing, 1999, appendix
- Jolowicz J. A., « Civil and Administrative Procedure : National Report for England and Wales » in J. P. Gardner (ed.), *United Kingdom Law in the 1990s : Comparative and Common Law Studies for the XIIIth International Congress of Comparative Law*, London, 1990, pp. 160 – 175
- Jones T. H., « The Deregulation of Broadcasting », *The Modern Law Review*, vol. 52, May 1989, p. 380-388
- Jones T. H., « Mistake of fact in administrative law », *Public Law*, 1990, pp. 507-526
- Jordan N., « The Implications for Commercial Lawyers in Practice », in B. Markesinis (ed), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University Press, 1998, chap. 10, p. 133
- Jordan N., « Impact of the Human Rights Act upon Compliance : the Taxation Viewpoint », in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 13
- Jowell J., Lester A., « Beyond Wednesbury : Substantive Principles of Administrative Law », 1987, *Public Law*, p. 368
- Jowell J., « Of vires and vacuums : the constitutional context of judicial review », *Public Law*, 1999, pp. 448-460
- Kahn A. E., « The Political Feasibility of Regulatory Reform : How did we do it ? », in LeRoy Graymer, F. Thompson, *Reforming social regulation Alternative Public Policy Strategies*, pp. 247-263
- Kearney J. D., Merrill T. W., « The great transformation of regulated industries law », *Columbia Law Review*, october 1998, vol.. 98, n° 6, pp. 1323-1409
- Keene D., « The Independence of the Judge », *Tom Bingham and the Transformation of the Law A Liber Amicorum*, M. Andenas, D. Fairgrieve, Duncan (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 257-269
- Kennelly B., « Judicial Review and the Competition Appeal Tribunal », *Judicial Review*, 2006, p. 160

Kent M., « Widening the Scope of Review for Error of Fact », *Judicial Review*, 1999, n°4, pp. 239-271

Kerber W., U. Schwalbe, « Economic Principles of Competition Law » in F -J Säcker et al (eds), *Competition Law : European Community Practice & Procedure*, Günther Hirsch, Frank Montag, and Franz-Jürgen Säcker, eds., pp. 202-393, London : Sweet & Maxwell, 2008

Knight C.J.S., « Constitutionality and Misfeasance in Public Office : Contorting the Tort ? », *Judicial Review*, Volume 16, Number 1, March 2011, pp. 49-59 (11), n° 3.

Koch C. H., « Collaborative Governance : Lessons for Europe from U.S. Electricity Restructuring », in *Transatlantic Perspectives on Administrative Law*, H. C.H. Hofman, R. L. Weaver (eds), Bruylant, *Droit administratif/Administrative law*, n° 7, 2011.

Landau J., « The Right Against Self-incrimination and the Right to Silence under Article 6 », *Judicial Review*, 2007, p. 261.

Lavrijssen S., Ottow A., « The Legality of Independent Regulatory Authorities », in *The eclipse of the legality principle in the European Union*, L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal, Wolters Kluwer Law & Business, 2011

Laws J., « An Extract from : Illegality : The Problem of Jurisdiction », in *Judicial review and the constitution*, University of Cambridge, Centre for Public Law, Hart Publishing, 2000, chap. 4

Legg M. J., « Verizon Communications, Inc. v Federal Communications Commission-Telecommunications Access Pricing And Regulator Accountability Through Administrative Law and Takings Jurisprudence », *Federal Communications Law Journal*, May 2004, pp. 563 suiv.,

Le Grand J., « Quasi-Markets and Social Policy », *The Economic Journal*, Vol. 101, No. 408 (Sep., 1991), pp. 1256-1267

Le Sueur A., « The Rise and Ruin of Unreasonableness », 10 *Judicial Review* 32 (2005)

Lester A., Jowell J., « Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law », *Public Law*, 1987, Autumn, pp. 368-382

Levi-Faur D., « Regulation & Regulatory Governance », *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper No. 1, February 2010

Levy B., Spiller P. T., « Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications – A comparative analysis of 5 Country Studies », *The World Bank Research Observer*, 1993, pp. 215-266.

Levy B., Spiller P.T., « The Institutional Foundations of Regulatory Commitment : A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation », *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 10, n° 2 (Oct., 1994), pp. 201-246.

Lewis R., « Contracts between businessmen : reform of the law of firm offers and an empirical study of tendering practices in the building industry », 1982, 9, *Journal of Law and Society*, p. 153

Lidbetter A., « Judicial Review in the Company and Commercial Context » [1995] 10 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, pp. 63 – 70.

Lidbetter A., Roberts V., « Expert Evidence In Judicial Review and Competition Appeal Tribunal Cases », *Competition Law Journal*, 2004, p. 113

- Livingstone S., Lunt P., Miller L., « Citizens and consumers : discursive debates during and after the Communications Act 2003 », *Media Culture Society*, vol. 29 (4), pp. 613-638,
- Livingstone S., Lunt P., « Representing Citizens and Consumers in Media and Communications Regulation », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* may 2007, n° 611, pp. 51-66.
- Lodge M., « Regulation, the Regulatory State and European Politics », *West European Politics*, vol. 31, n°1-2, pp. 280-301
- Lord Windlesham, « The Constitutional Reform Act 2005: ministers, judges and constitutional change : Part 1 », *Public Law*, 2005, p. 806
- Lord Windlesham, « The Constitutional Reform Act 2005: ministers, judges and constitutional change : Part 2 », *Public Law*, 2006, p. 35
- Lowe T., « Financial Services : Parliamentary Anatomy of Human Rights » in Wilberforce Chambers, *The Essential Human Rights Act 1998*, Wilberforce Chambers, 2000.
- Macaulay S., « Non-contractual relations in business – a preliminary study », (1963) 28 *American Sociological Review* 55
- Macrory R., « Reforming Regulatory Sanctions — Designing a Systemic Approach », in *The Regulatory State Constitutional Implications*, D. Oliver, T. Prosser, R. Rawlings (ed.), O.U.P., 2011, chap. 11.
- Mann K., « Punitive Civil Sanctions : The Middleground between Criminal and Civil Law », 101 *Yale L.J.* 1849 (1991-1992), spéc. p. 1849
- Marche S., McNiven J. D., (2003), « E-Government and E-Governance : The Future Isn't What It Used To Be », *Canadian Journal of Administrative Sciences/Revue Canadienne des Sciences de l'Administration*, vol. 20, pp. 74 – 86
- Markesinis B., Fedtke J., « Damages for the Negligence of Statutory Bodies : The Empirical and Comparative Dimensions to an Unending Debate » [2007] *Public Law* 299
- Maurici J., « Aarhus and Access to Justice », *Judicial Review*, vol. 16, n° 3, pp. 253-289.
- McAllister B. P., « Lord Hale and Business Affected with a Public Interest », *Harvard Law Review*, 1929-30, vol. 43, p. 759-791
- McEldowney L., « Report on Administrative Sanctions in the United Kingdom », (non encore publié), p. 1.
- McHarg A., « The Competition and Service (Utilities) Act 1992: utility regulation and the Charter », *Public Law*, 1992, pp. 385-396
- McHarg A., « Regulation as a private law function ? » *Public Law*, 1995, 1995, Win, pp. 539-550
- McHarg A., « Separation of Functions and Regulatory Agencies : Dispute Resolution in the Privatised Utilities », in M. Harris, M. Partington, (eds.), *Administrative Justice in the 21st Century*, Oxford, Hart, 1999.
- Macrory R., « The Privatisation and Regulation of the Water Industry », *The Modern Law Review*, Vol. 53, n° 1 (Jan., 1990), pp. 78-87.
- Macrory R., « Reforming regulatory sanctions — a personal perspective », *Environmental Law Review*, 2009, pp. 69-74

Maher I., « Juridification, Codification and Sanction in UK Competition Law », *The Modern Law Review*, Vol. 63, n° 4 (Jul., 2000), pp. 544-569

Maier-Rigaud F., « On the Normative Foundations of Competition Law — Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete », Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany, forthcoming in the ASCOLA Competition Law series by Edward Elgar.

Majone G., « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, vol. 17, n° 3, pp. 77-101

Majone G., « From the Positive to the Regulatory State : Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », *Journal of Public Policy*, vol. 17, n°2, pp. 139-167

Maltby N., « Competition law implications of the UK Railways Act 1993 », *European Competition Law Review*, 1994, 15 (4), pp. 239-241

Marshall G., *Justiciability*, in *Oxford Essays in Jurisprudence : a collaborative work*, edited by A.G. Guest, London, Oxford U.P., 1961

May J., « Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918 », *Ohio St. L.J.* 305 (1989)

McBain G., « Time to abolish the common carrier », *Journal of Business Law*, 2005, p. 545-596

McColm H., « Smart Regulation : The European Commission's Updated Strategy », *European Journal of Risk Regulation*, 1/2011, pp. 9-11

McEldowney J. F., « Administration and Law in England in the 18th and 19th Century », in *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, « Administration et droit administratif en France et en Angleterre (18e/19e s.) », n° 8, p. 121.

McKinnon J., « Common Carrier Regulation », *Major Issues in Regulation*, Institute of Economic Affairs, 1993

McHarg A., « Separation of Function and Regulatory Agencies : Dispute Resolution in the Privatized Utilities », in *Administrative Justice in the 21st Century*, M. Harris and M. Partington (ed.), Oxford, Hart Publishing 1999.

McLachlin B., « Judicial Independence : A Functional Perspective » in *Tom Bingham and the Transformation of the Law A Liber Amicorum*, M. Andenas, D. Fairgrieve, Duncan (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 269-283

McLaughlin A. M., Greenwood J., « The management of interest representation in the European Union », *Journal of Common Market Studies*, March 1995, vol. 33 Issue 1, p. 143

Mendes J., « Participation and participation rights in EU law governance », pp. 257 suiv. in *Legal challenges in EU administrative law : towards an integrated administration*, H. C. H. Hofmann, A. H. Türk (eds), E. Elgar, 2009

Meuwese A., Popelier P., « Legal Implications of Better Regulation : A Special Issue » (2011) 17 *European Public Law* pp. 455 – 466

Meuwese A., « Embedding Consultation Procedures : Law or Institutionalization ? » (2011) 17 *European Public Law* pp. 527 – 538

- Miller L., Williamson A., « Digital Dialogues Third Phase Report : August 2007 — August 2008 », Hansard Society, Ministry of Justice
- Millward R., « The 1940s nationalizations in Britain : means to an end or the means of production ? », *Economic History Review*, 2 (1997), pp. 209 – 234
- Mirrow M. C., « The Social-Obligation Norm of Property : Duguit, Hayem, and Others », *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 191
- Mitchell J. D. B., « The causes and effects of the absence of a system of public law in the United Kingdom », [1965] PL 95
- Morris P., « The Financial Ombudsman Service : a brave new world in « ombudsmanry » ? », *Public Law* 2002, pp. 640-648
- Munro C., Sullivan G. R., The Committee on the Future of Broadcasting, *The Modern Law Review*, vol. 40, July 1977, p. 463
- Nachbar T. B., « Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation », vol. 91, n°6, october 2005, p. 1313
- Neil P., « The Duty to Give Reasons : The Openness of Decision-Making », in C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Golden Metwand and the Crooked Cord* (Oxford University Press, 1998), pp. 161-184
- Noll R. G., « The role of antitrust in telecommunications », 40 *Antitrust Bull.* 501 (1995)
- Numa G., « Note sur le monopole naturel et le monopole pratique chez J. S. Mill », *Revue économique* 2/2010 (vol. 61), p. 341-352
- Ogus A., Abbot C., « Sanctions for Pollution : Do We Have The Right Regime ? », *J Environmental Law* (2002) 14 (3) : 283-298
- Ogus A., « Enforcing Regulation : Do we need the criminal law ? », *New perspectives on economic crime*, ed. par H. Sjögren, G. Skogh, Cheltenham, Northampton, Mass., Edward Elgar, 2004, spéc. p. 43.
- Oliver D., « Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review ? », pp. 3 suiv., in *Judicial review and the constitution*, C. Forsyth (ed.), Oxford, Portland, Hart Pub., 2000, reprod. de [1987] *Public Law* 543
- Oliver D., « The frontiers of the State : public authorities and public functions under the Human Rights Act », *Public Law*, 2000, Aut, pp. 476-493
- Oliver D., « Review of Non-Statutory Discretions », in C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* (Hart. 2000), chap. 14 ;
- Oliver D., « Functions of a public nature under the Human Rights Act », *Public Law*, 2004, pp. 329-351
- Orsi S. D., « Legitimate expectations : an overview », *Judicial Review*, 2010, 15 (4), pp. 388-393.
- Ottow A., « Dispute resolution under the new European framework », « Effective Access and Procedure in Telecommunications Disputes in Europe », *British Institute of International and Comparative Studies* (London), « Dispute Settlement in the Telecommunications Sector : Reforming National Legal Systems », 30 octobre 2003.

- Parpworth N., « Unlicensed tree felling : a further example of a regulatory offence ? », *Journal of Planning & Environment Law*, 2003, pp. 1234-1247
- Pennington E., « Utilities Act 2000 — financial penalties : a critical analysis », *International Energy Law & Taxation Review*, 2001, p. 176
- Pera A., « Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law » (2008) 4 *European Competition Journal* 127
- Perry C. R., « L'expérience britannique (1876-1912). Les années d'expectative », *Réseaux*, 1992, Vol. 10, n° 56, pp. 11 – 31
- Pildes R. H., Sunstein C. R., « Reinventing the Regulatory State », *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, pp. 1-130
- Poillot E., « Consumer and Contract Law », ERA Research Paper
- Pollitt C., « Not Odious But Onerous : Comparative Public Administration », *Public Administration*, 2011, vol. 89, pp. 114 – 127
- Pollitt M. G., *Lessons from the History of Independent System Operators in the Energy Sector, with applications to the Water Sector*, EPRG Working Paper 1125, Cambridge Working Paper in Economics 1153.
- Pole R. J., « “A Quest of Thoughts » : Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury », p. 145, in J. W. Cairns, G. Mcleod, *The Dearest Birth Right of the People of England : The Jury in the History of the Common Law*, Oxford, Hart Pub., 2002.
- Poole T., « United Kingdom : The royal prerogative », *International Journal of Constitutional Law*, 2010 8 (1), pp. 146-155.
- Popelier P., « Governance and Better Regulation : Dealing with the Legitimacy Paradox » (2011) 17 *European Public Law* pp. 555 – 569.
- Posner R. A., « The Chicago School of Antitrust Analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n° 4 (Apr., 1979), pp. 925-948
- Posner R. A., « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, Vol. 85, n° 6 (Oct., 1985), pp. 1193-1231.
- Proctor C., *Financial Regulators -- Risks And Liabilities, Part 1*, *Journal of International Banking and Financial Law* (2002) 1 JIBFL 15.
- Prosser T., « Poverty, Ideology and Legality : Supplementary Benefit Appeal Tribunals and their Predecessors », (1977) 4 *British Jnl of Law and Society* 44
- Prosser T., « Public Service Broadcasting and Deregulation in the UK », *European Journal of Communication*, vol.7, 1992, pp. 1773-1793
- Prosser T., « The state, constitutions and implementing economic policy : Privatization and regulation in the UK, France and the USA », *Social & Legal Studies*, 1995, n°4, p. 507, 510.
- Prosser T., « Understanding the British Constitution » (1996) *Political Studies*, 44, pp. 473 – 487.
- Prosser T., « Theorising Utility Regulation », *The Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n°2, pp. 196 – 217.

- Prosser T., « Public Service Law : Privatization's Unexpected Offspring », *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, n° 4, Public Perspectives on Privatization. (Autumn, 2000), pp. 63-82
- Prosser T., « The Powers and Accountability of Agencies and Regulators », in *English Public Law*, David Feldman (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 296 ;
- Prosser T., « Regulation and Social Solidarity », *Journal of Law and Society*, Vol. 33, Issue 3, September 2006, pp 364-387
- Radaelli C. M., De Francesco F., « Regulatory Impact Assessment », in *The Oxford Handbook of Regulation*, ed. par M. Cave, R. Baldwin et M. Lodge, chap. 15.
- Raitio J., *The principle of legal certainty in EC law*, Law and philosophy library, vol. 64, Springer, 2003 p. 159.
- Rayment B., « Judicial Review under the Enterprise Act 2002 », *Judicial Review*, 2003, p. 41.
- Reich C. A., « The New Property », 73 *Yale Law Journal* 733 (1964)
- Rendel M., « Natural Justice and Disciplinary Cases in Britain and France », *Public Administration*, vol. 58, Issue 1, March 1980, pp. 67 – 86
- Reynolds P., « Legitimate expectations and the protection of trust in public officials », *Public Law*, 2011, p. 330
- Richardson G., « The Duty to Give Reasons : Potential and Practice » [1986] *Public Law* 437
- Rieter H., Schmolz M., « The ideas of German Ordoliberalism 1938-45 : pointing the way to a new economic order », *European Journal of the History of Economic Thought*, Autumn 93, Vol. 1, Issue 1, pp. 87-114
- Rivers J., « Proportionality and the Variable Intensity of Review », 2006, *C.L.J.*, p. 174
- Robinson G. H., « The Public Utility Concept in American Law », *Harvard Law Review*, Vol. 41, No. 3 (Jan., 1928), pp. 277-308.
- Robertson A., Lester M., Love S., « Judicial review in the UK of competition and state aid decisions : Part 1 », *European Competition Law Review*, 2007, p. 553
- Robertson A., « Developments in Commercial Regulation and Judicial Review 2010 », *Judicial Review*, 2011, p. 94 ;
- Robson W. A., « The British Broadcasting Corporation » in *Public enterprise ; developments in social ownership and control in Great Britain*, W. A. Robson (ed.), London, G. Allen & Unwin, 1937, pp. 72-104.
- Romer T. B., « “Negotiate in good faith as to what » An analysis of the good faith negotiation clause of the Telecommunications Act of 1996 », *Univ. of Colorado Law Rev.*, vol. 69, 1998, pp. 257-294
- Rose D., Richards T., « Appeal and Review in the Competition Appeal Tribunal and High Court », *Judicial Review*, Vol. 15, Issue 3 (September 2010), pp. 201-219.
- Rosin B., « EPA Settlements of Administrative Litigation », *Ecology L.Q.* 363 (1984-1985) 12
- Roy J., « Beyond Westminster governance : Bringing politics and public service into the networked era » *Canadian Public Administration*, 2008, vol. 51, pp. 541 – 568

- Rutherford M., « The Judicial Control of Business : Walton Hamilton, Antitrust, and Chicago », *Seattle University Law Review*, 2011, vol. 34, p. 1385
- Sainsbury R., « Internal reviews and the weakening of social security claimants' right of appeal », in *Administrative law and government action : the courts and alternative mechanisms of review*, G. Richardson, H. Genn (eds), Oxford, Clarendon Press, 1994
- Samuel G., « Le Droit Subjectif and English Law », 46 *Cambridge Law Journal* 264 (1987)
- Samuel G., « The many dimension of property », p. 40, in *Property and the Constitution*, Janet Mclean (ed.), Oxford, Hart, 1999.
- Samuel G., *Common Law*, p. 154 in *The Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, ed. J. M. Smits, Edward Elgar Publishing, 2006
- Salako S. E., « Strict Criminal Liability : A Violation of the Convention ? », *Journal of Criminal Law*, 70 (531), 2006.
- Sales P., Steyn K., « Legitimate Expectations in English Public Law : An Analysis » [2004] P.L. 564
- Samarajiva R., « Establishing the legitimacy of new regulatory agencies », *Telecommunications Policy*, 24 (2000), pp. 183-187
- Samuels G., « Governmental Liability in Tort and the Public and Private Law Distinction », (1988) 8 *Legal Studies*, 277
- Sas B., « Regulation and the Privatised Electricity Supply Industry », *The Modern Law Review*, Vol. 53, n° 4 (Jul., 1990), pp. 485-498
- Scarso A. P., « Tortious Liability of Regulatory Authorities », *Tort and Insurance Law Yearbook*, 1, Vol. 2005, *European Tort Law* 2005, pp. 94-116
- Scott C., « Regulation in the age of governance : the rise of the post regulatory state », in J. Jordana, D. Levi-Faur, (eds.) *The politics of regulation : institutions and regulatory reforms for the age of governance*. CRC series on competition, regulation and development, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, pp. 145-174
- Scott R., « Ministerial accountability », *Public Law*, 1996, Aut, pp. 410-426.
- Schafer B., « Democratic Revival or E-Sell Out ? A Sceptic's Report on the State of E-Governance in the UK », vol 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law*, (December 2006)
- Scott C., « The Juridification of Relations in the UK Utilities Sector », Black J., Muchlinski T., Walker P. (eds.), *Commercial Regulation and Judicial Review*, Oxford, Hart Publishing, 1998
- Sedley S., « Policy and Law », in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), Kluwer Law International, pp. 259-265.
- Selznick P., « Focusing Organizational Research on Regulation in R. G. Noll (ed.), *Regulation Policy and the Social Sciences*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, pp. 363-367
- Sen A., « The Impossibility of a Paretian Liberal », *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 1 (Jan. — Feb., 1970), pp. 152-157

Shapiro S., *The Evolution of Cost-Benefit Analysis in U.S. Regulatory Decisionmaking*, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Working Paper, n° 5, May 2010.

Shearing C. D., « A Constitutive Conception of Regulation », in P. Grabosky and J. Braithwaite (eds), *Business Regulation and Australia's Future*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1993

Shefrin I. H., « The North American Free Trade Agreement Telecommunications in perspective », *Telecommunications Policy*, January/February 1993, pp. 14-26

Singh R., « Making Legitimate Use of Legitimate Expectations » (1994) 144 N.L.J. 1215 ; P. Craig, « Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law » (1996) CL.J. 289

Smith R., « Constitutional Reform, the Lord Chancellor, and Human Rights : The Battle of Form and Substance », *Journal of Law and Society*, Vol. 32, n° 1, *The Human Rights Act : A Success Story ?* (Mar., 2005), pp. 187-201

Smith S. A. de, « The Prerogative Writs », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 11, No. 1 (1951), pp. 40-56 ;

Smith S. A. de, « Wrongs and Remedies in Administrative Law » *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 2 (Apr., 1952), pp. 189-208 ;

Smyth M., « The Public Law of Commercial Regulation », *Judicial Review*, 2009, p. 197

Snell J., « The notion of market access : a concept or a slogan ? » (2010) 47, *Common Market Law Review*, pp. 437-472

Souter D., « A Stakeholder Approach to Regulation » in D. Corry, D. Souter and M. Waterson, *Regulating Our Utilities*, London, Institute for Public Policy Research, 1994, p. 35

Stallworthy M., « The regulation and investigation of commercial activities in the United Kingdom and the privilege against self-incrimination », *International Company and Commercial Law Review*, 2000, pp. 167 suiv. ;

Stanley Jevons W., *The State in Relation to Labour*, 1882

Staple G., « Financial Services and the Human Rights Act », in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds), *The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process*, University of Cambridge. Centre for Public Law, Clifford Chance (Firm), Hart Publishing, 1999, chap. 15

Stebbins C., « The origins of the application of certiorari to the General Commissioners of Income Tax », *British Tax Review*, 1997, p. 119

Steele I., « Substantive Legitimate Expectations : Striking the Right Balance ? » (2005) 121 L.Q.R. 300

Steyn J., « The case for a Supreme Court », *Law Quarterly Review*, 2002, p. 382

Stigler G. J., « The Optimum Enforcement of Laws », *The Journal of Political Economy*, Vol. 78, n° 3 (May — Jun., 1970), pp. 526-536, spéc. p. 527.

Stott T., « 'Snouts in the Trough': the Politics of Quangos », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n°2, pp. 323-340

Streit M. E., Wohlgemuth M., « The Market Economy and the State Hayekian and ordoliberal conceptions », *Diskussionsbeitrag* 06-97, p. 6 : F. Böhm, *Die Forschungen — und*

Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Vokswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in his : Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, Müller, pp. 158-175

Suda Y., « Japan's Telecommunications Policy : Issues in Regulatory Reform for Interconnection », Asian Survey, Mar. — Apr. 2005, vol. 45, No. 2, pp. 241-257

Suk Kim P., « Introduction : challenges and opportunities for democracy, administration and law », International Review of Administrative Sciences, March 2005, vol. 71, n° 1, pp. 99-108.

Summers R. S., « Justiciability » (1963) 26 Modern Law Review 530

Sunstein C. S., « Paradoxes of the Regulatory State », University of Chicago Law Review, vol. 57, 1990, pp. 407-442

Szydło M., « Sector-Specific Regulation and Competition Law : Between Convergence and Divergence » (2009) 15 European Public Law pp. 257 – 275

Táborsky Ed., « A Case for Administrative Tribunals », The Modern Law Review, vol. 7, n° 4 (nov., 1944), pp. 209-214.

Taggart M., « Common Law Price Control, State-Owned Enterprises and The Level Playing Field », in Administrative Law in a Changing State : Essays in Honour of Mark Aronson, pp. 195-214

Taggart M., « Reinventing Administrative Law », in Public law in a multi-layered constitution, N. Bamforth, P. Leyland (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart, 2003, p. 311

Talus K., « Just What is the Scope of the Essential Facilities Doctrine in the Energy Sector ? : Third Party Access-Friendly Interpretation in the EU v. Contractual Freedom in the US », Common Market Law Review, 2011, n° 48, pp. 1571-1598

Temple Lang J., « European competition policy and regulation : differences, overlaps, and constraints », in Antitrust and regulation in the EU and US : legal and economic perspectives, ed. by F. Lévêque, H. Shelanski, Cheltenham, Northampton, Mass., E. Elgar, Coll. New horizons in competition law and economics, 2009.

Thomas D. A., « Incorporating the European Convention on Human Rights ; It's Impact on Sentencing », in The Human Rights Act and the criminal justice and regulatory process, J. Beatson, C. Forsyth, I. Hare (dir.), Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 1999, p. 86.

Thomas M. W., « The origins of administrative centralisation », Current Legal Problems, 1950, vol. 3, pp. 214-235

Thomforde Jr F. H., « Controlling Administrative Sanctions », 74 Mich. L. Rev. 710 (1975-1976).

Tolley M. C., « Judicial Review of Agency Interpretation of Statutes : Deference Doctrines in Comparative Perspective », The Policy Studies Journal, Vol. 31, No. 3, 2003.

Tomasic R., « Beyond 'Light Touch' Regulation of British Banks after the Financial Crisis », in The Future of Financial Regulation, I. G. MacNeil, J. O'Brien (eds), Hart, 2010,

Tomkins A., « Transparency and the Emergence of a European Administrative Law », (1999-2000) Yearbook of European Law, pp. 217-256.

- Touré I., « Network access and essential facilities in the energy sector : An overview of European and national case laws », *e-Competitions*, n° 31835
- Tushnet M., « Administrative Law in the 1930s : The Supreme Court's Accommodation of Progressive Legal Theory », *Duke Law Journal*, vol. 60, p. 565
- Tuthill L., « The GATS and new rules for regulators », *Telecommunications Policy*, 1997, vol. 21, n°. 9/10, pp. 783 798
- Uglow S., « Defrauding the Public Purse : Prosecuting in Social Security, Revenue and Excise Cases », *Criminal Law Review*, 1984, p. 128
- Valverde M., « Police science, British style : pub licensing and knowledges of urban disorder », *Economy and Society*, 2003, vol. 32, n°2, pp. 234-252
- Van Horn R., « Chicago's Shifting Attitude Toward Concentrations of Business Power (1934 – 1962) », *Seattle University Law Review*, 2011, vol. 34, p. 1527
- Vaughan D., Gray M., « Litigating in Luxembourg and the Role of the Advocate at the Court of Justice », in A. Arnulf, P. Eeckhout, T. Tridimas, *Continuity and Change in EU Law — Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 67
- Veljanovski C., « UK Cable Policy in the Eighties », *Fiscal Studies*, Vol. 4, Issue 3, pp. 29 – 45, p. 32
- Vervaele J.A.E., « Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions ? » in J.A.E. Vervaele (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, pp. 161-202.
- Vesterdorf B., « The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction : What Does it Mean in Practice ? », *Global Competition Policy*, June 2009, pp. 2-3
- Vesterdorf Bo., « Due Process Before the Commission of the European Union ? Some Reflections Upon Reading the Commission Draft Paper on Best Practices in Antitrust Proceedings », *The CPI Antitrust Journal*, April 2010 (1).
- Vogel S. K., *Freer markets, more rules : regulatory reform in advanced industrial countries*, Cornell studies in political economy, Cornell University Press, 1998
- Wade H. W. R., « 'Quasi-Judicial' and its Background », *Cambridge Law Journal*, 1949, vol. 10, pp. 216-240
- Walker M., « Mobile phone charges inquiry and judicial review. A worrying failure of analysis », NYP, donné lors d'un atelier à The British Institute of International and Comparative Law, Practioner Workshop, 16 septembre 2003
- Ward R., « Revocation of a Market Stallholder's Licence », *The Modern Law Review*, vol. 45, n° 5, (sept. 1982), pp. 588-593
- Weaver R. L., Jellum L. D., « Neither Fish nor Fowl : Administrative Judges in the Modern Administrative State », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2010, n° 28, p. 243
- Weir S., « Quangos : Questions of Democratic Accountability », *Parliamentary Affairs*, Vol. 48, n° 2, pp. 306-322
- Weiss W., « Human Rights and EU antitrust enforcement : news from Lisbon », *European Competition Law Review*, 2011, 32 (4), pp. 186-195.

- Weir T., « Governmental Liability » [1989] Public Law 40
- Wellenius B., Galarza J., Guermazi B., Telecommunications and the WTO : the Case of Mexico, World Bank Policy Research Working Paper 3759, november 2005.
- Westen P., « Two rules of legality in criminal law », Law & Philosophy, 2007, 26 (3), pp. 229-305
- White R. M., « Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland : Re-formulation of the 'Philips Principle' », 2006, 69(2), The Modern Law Review, pp. 143-182
- Whitehouse L., « Railtrack Is Dead : Long Live Network Rail ? Nationalization under the Third Way », Journal of Law and Society, vol. 30, n° 2 (Jun., 2003), pp. 217-235
- Wikeley N., Young R., « The Marginalisation of Lay Members in Social Security Tribunals » (1992) 14 Journal of Social Welfare and Family Law 127.
- Wilberg H., « Public resource allocation, nuisance and the Human Rights Act 1998 », Law Quarterly Review, 2004, pp. 574-579
- Wils W. P. J., « The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function », 27 World Competition : L. & ECON. REV. 202-215 (2004)
- Wilson D., « Quangos in the Skeletal State », Parliamentary Affairs, Vol. 48, n° 2, pp. 181-191
- Willig R. D., « Market Structure and Government Intervention in Access Markets », p. 52, in Telecommunications access and public policy : proceedings of the Workshop on Local Access, September 1982, St. Louis, Missouri, co-editors, Alan Baughcum, Gerald R. Faulhaber, Norwood, N.J., Ablex Pub. Corp., 1984.
- Willig R. D., entrée « contestable markets » in, The New Palgrave Dictionary of Economics, 2de éd., 2008, édité par S. N. Durlauf et L. E. Blume.
- Williams R., « When is an error not an error ? Reform of jurisdictional review of error of law and fact », Public Law, 2007, pp. 793-808
- Willmsky S., Riehmer K. W., « Resolution of interconnection disputes under German telecommunications law », Computer and Telecommunications Law Review, 1998, 4 (7), pp. 228-233, spéc. p. 228.
- Willis J., « Three Approaches to Administrative Law : The Judicial, the Conceptual, and the Functional », The University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 1 (1935), pp. 53-81
- Wils W. P. J., « EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees : The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights », Concurrences n° 2-2011, p. 41
- Witkind Davis V., Zearfoss N. N., State Commission Mediation And Arbitration of Interconnection Agreements : Procedures And Status Under The Telecommunications Act Of 1996, The National Regulatory Research Institute, September 1996, NRRI 96-24
- Witzleb N., Carroll R., « The role of vindication in torts damages » (2009) 17 Tort. Law Review 16.
- Wood L., Bernt P., Ting C., « Implementing Public Utility Commission Web Sites : Targeting Audiences, Missing Opportunities », Public Administration Review, 2009, vol. 69, pp. 753 – 763

Woolf H., « Public Law--Private Law : Why the Divide ? A Personal View » [1986] Public Law 220, pp. 235-236.

Wright V., « The Development of Public Administration in Britain and France », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, spéc. p. 309 ;

Wyman B., « The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem », *Harvard Law Review*, vol. 17, n° 3 (Jan., 1904), pp. 156-173

Yeung K., Competition Law and the Public/Private Divide, in *The public law/private law divide : une entente assez cordiale ? : La distinction du droit public et du droit privé, regards français et britanniques*, M. Freedland, J.-B. Auby (ed.), Portland, Oxford, Hart, 2006

Yeung K., « The Regulatory State », in *The Oxford Handbook of Regulation*, M. Cave, R. Baldwin, M. Lodge (ed.), Oxford University Press, Coll. Oxford Handbooks in Business and Management, 2010,

Zeffman D., « Cable Television and the Broadcasting Act 1990 », *Entertainment Law Review*, 1991, p. 66

Ziller J., « The Continental System of Administrative Legality », in *Handbook of public administration*, B. G. Peters, J. Pierre (ed.), London, Sage, 2007, p. 167

Zuckerman A., « A colossal wreck — the BCCI — Three Rivers litigation », *Civil Justice Quarterly*, 2006, 25 (Jul), 287-311

III — Articles de droit comparé

Andenas M., Bjorge E., « Juge national et interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2011, n° 4, p. 997.

Andenas M., Fairgrieve D., « To Supervise or To Compensate ? A Comparative Study Of State Liability For Negligent Banking Supervision », pp. 335 suiv., in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honor of Lord Slynn of Hadley*, vol. II, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), Kluwer Law International.

Asimow M., Lubbers J. S., « The Merits of « Merits » Review : A Comparative Look at the Australian Administrative Appeals Tribunal », *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper n° 1785894

Barnes J., « Towards a third generation of administrative procedure », in *Comparative administrative law*, S. Rose-Ackerman, P. Lindseth (eds), *Research Handbook in Comparative Law*, E. Elgar, 2011, chap. 20.

Bell J., « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », spéc. p. 167 in *New directions in European public law*, J. Beatson, T. Tridimas. (ed.), Oxford, Hart Pub., 1998

Bon M., « Nationalisations et dénationalisations en France et en Grande-Bretagne : expériences comparées », *Entreprises et histoire*, 2004/3, Vol. 37, pp. 135 à 166

Boyron S., « The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes : Experiences from England, France and Germany », *Public Law* 2006, p. 320

- Cananea G. della, « Beyond the State : the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law », *European Public Law*, 2003, vol. 9, n°4, pp. 563 – 578
- Cananea G. della, « Administrative Law in Europe : A Historical and Comparative Perspective », in A. von Bogdandy, S. Cassese, P. Huber, *Ius Publicum Europaeum*, vol. III — Administrative Law, 2010, reprod. In *Italian Journal of Public Law*, 2009, vol. 2, spéc. p. 185
- Caranta R., « Participation into Administrative Procedures : Achievements and Problems », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, pp. 311 suiv..
- Cassese Sabino, « Le problème de la convergence des droits administratifs, vers un modèle administratif européen ? », in *L'état du droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47.
- Craig P., « Administrative Law in the Anglo-American Tradition », in *Handbook of public administration*, B. G. Peters, J. Pierre (ed.), London, Sage, 2007, spéc. p. 176
- Custos D., « Droits administratifs américain et français : sources et procédure », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°2, 2007, pp. 285-305.
- Eckert S., « Between commitment and control : varieties of delegation in the European postal sector », *Journal of European Public Policy*, 2010, vol. 17 n° 8, pp. 1231 — 1252
- Eliantonio M., « The Influence of the ECJ's Case Law on Time Limits in the Italian, German and English Administrative Legal Systems : A Comparative Analysis », (2009) 15 *European Public Law* pp. 615 – 652
- Goodnow F. J., « The Executive and the Courts », *Political Science Quarterly*, Vol. 1, No. 4 (Dec., 1886), pp. 533-559.
- Harker M., Peyer S., Wright K., « Judicial scrutiny of merger decisions in the EU, UK and Germany », *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, 60 (1), pp. 93-124
- Harlow C., « Fault Liability in French and English Public Law » (1976) 39 *Modern Law Review* 516
- Harlow C., Rawlings R., « National Administrative Procedures in a European Perspective : Pathways To A Slow Convergence », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, p. 215
- Hickman T., « Proportionality : Comparative Law Lessons », 2007, *Judicial Review*, p. 31
- Langrod G., « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *R.I.D.C.*, 1957, vol. 9, n° 2, pp. 353-369
- Lefas A., « Essai de comparaison entre le concept de « natural justice » en droit administratif anglo-saxon et les « principes généraux du droit » ainsi que les « règles générales de procédure » en droit administratif français », *Revue internationale de droit compare*, Vol. 30, n°3, Juillet-septembre. pp. 745-775.
- Legrand P., « Comparer », *R.I.D.C.*, avril-juin 1996, n° 2, pp. 279-318
- Legrand P., « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in Legrand P. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 2009, 630 p., pp. 209-244.
- Limpens J., « La théorie de la « relativité acquilienne » en droit comparé », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Dalloz, 1965, pp. 559-581.

Lindseth P., « 'Always Embedded' Administration : The Historical Evolution of Administrative Justice as an Aspect of Modern Governance » (2004) University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers, Paper 19

Lozano B., Plaza C., « Spain – The Europeanization of National Procedural Rules in the Field of Environmental Protection » (2009) 15 European Public Law pp. 319 – 331.

Lubbers J., « Should the Primary Locus of Government Adjudication be in the Agencies, the Courts, or in a Special Tribunal Comparisons between the US and the UK/Australia Model ? », in *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*, C. F. Forsyth et al, Oxford University Press 2010

Marique Y., « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs') », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n°3, December 2007

Mattarella B. G., « Participation in Rulemaking in Italy », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, spéc. pp. 339 suiv..

Mattarella B. G., « The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts », chap. 4, in E. Chiti, B. G. Mattarella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law : Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011.

Melleray F., « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », spéc. pp. 13-22, in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, F. Melleray (dir.), Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit administratif, 2007, 374 p.

Mir Puigpelat O., « Participation in Administrative Procedures : Lessons from the Spanish Experience », *Italian Journal of Public Law*, 2010, vol. 2, spéc. p. 333

Munck J. de, Lenoble J., « Droit négocié et procéduralisation », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van De Kerchove (eds), *Le droit négocié*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, pp. 171-196.

Pfersmann O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, avril-juin 2001, n° 2, pp. 275-288

Picard É., « L'état du droit comparé en France », *R.I.D.C.*, oct.-déc. 1999, n° 4, pp. 885-915

Philippe D.-M., « La théorie de la relativité aquilienne », *Mélanges Roger O. Dalcq : responsabilités et assurances*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de droit des obligations, Larcier, 1994, pp. 467-486.

Ponthoreau M.-C., « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, janvier-mars 2005, n° 1, pp. 7-27

Puget H., « Les recours quasi contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.* 1953, vol. 5, n° 2, p. 255 – 264

Puget H., Maleville G., « Les recours purement administratifs, mode de protection des administrés », *La Revue Administrative*, n° 32, 1953, p. 111

Rebhahn R., « Public Liability in Comparison – England, France, Germany », *European Tort Law 2005*, *Tort and Insurance Law Yearbook*, Springer Vienna, 2006, pp. 68-93

Rivero J., « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, M. Cappelletti (dir.), Sijthoff,

Leyden, Bruylant, Bruxelles, Klett-Cotta, Stuttgart, Le Monnier, Firenze, 1978, pp. 389-406, reprod. In Pages de doctrines, pp. 489 suiv..

Rossi F., « Tort Liability of Financial Regulators : A Comparative Study of Italian and English Law in a European Context » (2003) 14 European Business Law Review pp. 643 – 671

Schwarze J., « Tendances vers un droit administratif commun en Europe », R.T.D.E., 1993, p. 235.

Schwarze J., « The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States », in The europeanisation of law : the legal effects of European integration, F. Snyder (ed.), Oxford, Portland, Or., Hart Pub., 2000

Spagnuolo F., « Beyond Participation : Administrative – Law Type Mechanisms in Global Environmental Governance. Toward a New Basis of Legitimacy ? », European Public Law, 2009, vol. 15, n°1, pp. 49 – 62.

Van der Schyff G., Judicial review of legislation : a comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa, Dordrecht, Netherlands, New York, Springer, 2010

Wollmann H., Marcou G., « Introduction », in The Provision of Public Services in Europe – Between State, Local Government and Market, H. Wollmann, G. Marcou (eds.), E. Elgar, 2011

§ 3 — Notes, conclusions et chroniques

I — Sur le droit français

Adda J.

Note sous Cass. com., 14 décembre 2010, Société française de radiotéléphone (SFR) c. France Télécom, n° 09 67371, Concurrences, N° 1-2011, n°34347, pp. 170-171

Aguila Y.

Conclusions sur Conseil d'État, 16 février 2005, Global Financial services, Bull. Joly Bourse, n°02/2005, p. 125

Conclusions sous Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460, RFDA 2006, p. 463

Alibert R.

Note sous Conseil d'État, Sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, Recueil Lebon p. 583, S. 1931.III.73

Andriantsimbazovina J., Sermet L.,

« Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2009 p. 715

Arrighi de Casanova J.

Conclusions sur Conseil d'État, sect., avis, 31 mars 1995, Min. budget c. SARL Autoroute — industrie Méric, Revue de jurisprudence fiscale, 1995, p. 327

Conclusions sous Conseil d'État, avis, sect., 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611, J.O.R.F. du 2 mai 1996, p. 6635, DF 1996, n° 25, comm. 765

Conclusions sous Conseil d'État, avis, 8 juillet 1998, Fattell, n° 195664, Recueil Lebon tables p. 849, RJF 8-9/1998, n° 970, p. 637

Auby J.-B., Maugué C.

Conseil d'État, 15 janvier 1997, Sté Serc Fun Radio, n° 155049, Recueil Lebon tables p. 1058 : Revue de droit immobilier 1997 p. 220

Auby J.-M.

Note sous Conseil d'État, Sect., 25 juillet 1975, ministre de l'Équipement c. Sieur Richoux, Recueil Lebon p. 429, R.D.P. 1976, pp. 355-365

Note sous Conseil d'État, Sect., 25 janv. 1991, n° 103143, n° 107100 et n° 107101, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Recueil Lebon p. 30, RD publ. 1991. 525

Austry S.

Chron. sur Conseil d'État, avis, sect., 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611, J.O.R.F. du 2 mai 1996, p. 6635, RJF mai 1996, n° 607, p. 311

Autin J.-L.

Note sous Conseil d'État, 13 janvier 1991, Association Radio Solidarité, RFDA, 1992, p. 1016.

Azibert M., Boisdeffre M. de

Chronique sous Conseil d'État, 17 octobre 1986, ministre des PTT c. Erhardt, Recueil Lebon p. 240, AJ 1986.694

Bacquet A.

Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 18 janvier 1981, Société varoise de transport, AJDA, 1980, p. 599.

Bailleul D.

« Le contentieux du retrait du permis à points, contentieux de pleine juridiction », Droit Administratif n° 10, Octobre 2010, comm. 133 : note sur Conseil d'État, avis, 9 juill. 2010, n° 336556, Bertaux : JurisData n° 2010-011152

Bazex M.

Note sous Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Recueil Lebon p. 272, Droit Administratif n° 8, août 2006, comm. 129

Comm. de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire : « Accès des concurrents de la SNCF aux gares de voyageurs », Droit Administratif n° 12, Décembre 2011, comm. 103.

Bazex M., Blazy S.

Note sous Conseil d'État, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Recueil Lebon p. 277, DA 2004.161

Note sous Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735, Recueil Lebon p. 386, Droit administratif, 2007 pp. 28-31

Bazex M., Thiry B.

Note sur Conseil d'État, Sect., 9 avril 1999, The Coca-Cola Compagny, n° 201853, Lebon. 119, AJDA 1999 p. 611

Beignier B., Regourd S.

Note sous Conseil d'État, ord., 20 août 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Eutelsat, n° 269813, Recueil Lebon p. 357, La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 25 novembre 2004, I 182, n° 8

Bergeal C.

Conclusions sur Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208, Recueil Lebon p. 492, RFDA 2001, p. 112

Blum L.

Conclusions sous Conseil d'État, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Recueil Lebon 909, D. 1916.3.35, S. 1917.3.15

Bonichot J.-C.

Conclusion sur Conseil d'État, sect., 28 juillet 1999, GIE Mumm-Perrier-Jouët, Recueil Lebon p. 257.

Bonneau T.

Note sous Conseil d'État, 19 mars 2003, Monsieur Hannoun, n° 240718 : Droit des sociétés, 2003 pp. 29-30

Note sous Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001, Droit des sociétés, n° 11, pp. 35-36

Botteghi D., Lallet A.

« Le Conseil d'État, « régleur » de différends », A.J.D.A., 2010, p. 1924

Boulouis J.

Note sous Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabres, AJDA 1975, p. 569

« À propos de l'arrêt Nicolo », RGDIPubl. 1990, p. 91

Boulouis N.

Conclusions sous Conseil d'État, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Recueil Lebon p. 20, RJEP 2007.265

Braibant G.

Conclusions sous Conseil d'État, 8 janvier 1960, Rohmer et Faist (2 arrêts), R.D.P., 1960, p. 334

Conclusion sous C.É., Sect., 15 déc. 1967, ministre du Travail c. Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde et autres, Rec. Lebon p. 496, spéc. p. 499

Conclusions sous Conseil d'État, 29 avril 1970, Société Unipain, Recueil Lebon p. 280 : AJ 1970.340

Breen E.

Note sous Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou, n° 255136, Recueil Lebon p. 297, Droit administratif, nov. 2004, pp. 27-29

Note sous Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, Recueil Lebon p. 86, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 28, 11 juillet 2005, 1263

Brenet B.

Conclusions sous Tribunal administratif de Montreuil, 8 octobre 2010, Société Compagnie hôtelière de gestion, n° 0909035, AJDA, 2011, p. 843

Burguburu J.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449, Revue Juridique de l'Économie Publique, 01/04/2010, n° 674, pp. 17-26

Cahen Salvador G.

Conseil d'État, 26 décembre 1925, Rodière, RDP 1926 p. 35

Caron C.

Comm. sous TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avr. 2004, Perquin et UFC Que choisir c. SA Films Alain Sarde, SA Sté Universal pictures vidéo France et al., Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2004, comm. 85

Comm. sous Cour d'appel de Paris, 4^e ch., sect. B, 22 avril 2005, Perquin et UFC Que choisir ? c. Sté Universal pictures et Synd. éd. vidéo et al., Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2005, comm. 98

Casas D.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Recueil Lebon p. 272, RFDA 2006. 1048, concl. Casas

Charbit N.

Chron. sous Conseil d'État, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Recueil Lebon p. 277, AJ 2004.2309

Chardenet J.

Conclusions sous Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Recueil Lebon 125, D. 1916.3.25, RD publ. 1916.206 et 388, S. 1916.3.17

Chauvaux D.

Conclusions sous Conseil d'État, 6 avril 1998, Union syndicale de la production audiovisuelle, n° 173291 (inédit), A.J.D.A., 1998. p. 729

Conclusions sur Conseil d'État, 8 décembre 2000, Mongauze, n° 198372, JCP G 2001, II, 10556

Conclusion sous Conseil d'État, Sect., 28 février 2001, Philippart et Lesage, n° 230112 et 230520, Recueil Lebon, p. 111, RFDA, 2001, p. 390

Conclusions sous Conseil d'État, 29 mai 2002, Vaillant, n° 222279, AJDA 2002, p. 1242

Conclusions sous Conseil d'État, 29 juillet 2002, Association Radio Deux couleurs, n° 221302, Légipresse, n° 199, mars 2003, p. 30

Chenot B.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133, D. 1945.110

Claeys A.

Note sur Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866 : Revue Lamy de la concurrence, 2005, n° 3, p. 112

Note sur Conseil d'État, ord., 23 août 2005, Association Française des Opérateurs de Réseaux et Services de Télécommunications (AFORS Télécom), n° 283266 : Revue Lamy de la concurrence, 2005, n° 5, pp. 99-100.

Comm. de la Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006, relative à la sécurité et au développement des transports : « La création de l'Établissement public de sécurité ferroviaire par la loi du 5 janvier 2006 : les prémices d'une régulation dans le secteur ferroviaire », Revue Lamy de la concurrence, 2006, n° 8, pp. 120-125.

Clamens S.

« Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », AJDI 2000 p. 767.

Collet M.

Note sous Conseil d'État, Sect., 27 octobre 2006, M. Parent et autres, AJDA, 2007, p. 80.

Note sous Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285, Revue juridique de l'économie publique n° 651, mars 2008, comm. 11

Note sous Conseil d'État, 16 janvier 2008, M. Haberer, n° 292790, AJDA 2008 p. 1000

Note sous Conseil d'État, avis, 4 décembre 2009, Sté Rueil Sports venant aux droits et obligations de la Sté Sidonie, n° 329173, n° JurisData n° 2009-081570, Revue juridique de l'économie publique n° 673, Mars 2010, étude 5

Costa D.

« Les autorités administratives indépendantes et le principe d'impartialité », note sous Conseil d'État, 28 octobre 2002, M. Laurent, AJDA 2002, p. 1492-1494

« L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », note sous Conseil d'État, 29 juillet 2002, Mme R. et Société Polytech Silimed Europe GmbH (2 esp.), AJDA 2002, p. 1395-1399

Collin P.

Conclusions sous Conseil d'État, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Recueil Lebon p. 277, BJCL 2004.699 et CJEG 2004.487

« Renvoi au Conseil constitutionnel de la question de l'impossibilité pour le juge de l'impôt de moduler le taux des pénalités fiscales », Droit fiscal n° 3, 20 janvier 2011, comm. 118.

Combarnous M., Galabert J.-M.

Chronique sous Conseil d'État, Sect., 2 février 1960, Kampmann, Recueil Lebon, p. 107, AJDA, 1960, p. 46

Combrexelle J.-D.

Conclusions sur Conseil d'État, 3 décembre 1999, Caisse de Crédit-Mutuel de Bain-Tresboeuf, RFDA, 2000, p. 574

Corneille L.

Conclusions sous Conseil d'État, 20 juin 1913, Téry, Recueil Lebon p. 736, S. 1920.3.13

Conclusions sous Conseil d'État, 14 janvier 1916, Camino, Recueil Lebon p. 15, RD publ. 1917.463, S. 1922.3.10

Costa D.

Note sous CE, 4 février 2005, Société GSD Gestion, RFDA, 2005, p. 1174.

Courrèges A.

Conseil d'État, 30 janvier 2008, Société laboratoires Mayoly Spindler, n° 297828, Revue de droit sanitaire et social 2008 p. 307

Decoopman N.

Note sous Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001, Bulletin Joly Bourse, n° 3, pp. 227-238

Degoffe M., Dreyfus J.-D.

Note sous Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208, Recueil Lebon p. 492, JurisData n° 2000-061174, CJEG 2001, p. 58

Degoffe M., Haquet A.

Note sous Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou, n° 255136, Recueil Lebon p. 297, RFDA, 2004, pp. 1130-1136, note M. Degoffe, A. Haquet

Delvolvé J.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon p. 111, R.D.P. 1951, p. 478

Delzangles H.

« L'office du CSA et son pouvoir de règlement des différends strictement encadrés par le juge », Note sous Conseil d'État, 9 juill. 2010, n° 335336, Sté Canal + Distribution, Revue juridique de l'économie publique n° 684, Mars 2011, comm. 14

« La Commission des sanctions de l'ARJEL rend ses premières décisions et l'une d'elles, portant sur la définition des compétences de l'ARJEL, fait déjà l'objet d'un recours introduit par le Président de l'ARJEL devant le juge administratif », Concurrences, n° 3-2011, pp. 204-206

« L'Autorité de régulation des activités ferroviaires se prononce sur les rapports entre le gestionnaire du réseau, l'opérateur historique et les tiers (Euro Cargo Rail c. SNCF et RFF) », Concurrences, n° 3-2011, pp. 203-204

Delzangles H., Martin S.

« L'ARCEP tranche deux différends relatifs aux rapports entre opérateurs commerciaux et opérateurs d'immeuble (Free Infrastructure et France Télécom ; France Télécom et Free Infrastructure) », *Concurrences*, n° 4-2011, n° 40061, pp. 189-190

« L'ARCEP se prononce sur l'application immédiate de ses décisions aux contrats conclus par l'opérateur historique de services de diffusion audiovisuelle (Towercast, TDF) », *Concurrences*, n° 4-2011, n° 40063, pp. 190-191

« L'ARAF donne des précisions concernant le déroulement, devant elle, de la procédure de règlement des différends (Novatrans, RFF et Combiwest) », *Concurrences*, n° 4-2011, n° 40069, p. 195

Derieux E.

Note sous Conseil d'État, ord., 13 décembre 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Eutelsat, n° 274757, *Recueil Lebon* p. 456, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 7, 16 Février 2005, II 10021

Donnat F.

Conclusions sous Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Fathy Mechri, n° 262851, *AJDA* 2004 p. 2228

Donnat F., Casas D.,

Chronique des arrêts Conseil d'État, 6 décembre 2002, Trognon n° 240028, *Recueil Lebon* p. 426 ; Aïn Lhout, n° 221319, *Recueil Lebon* p. 430 : *AJDA* 2003, p. 492

« Le refus du formalisme inutile par le Conseil d'État », *AJDA* 2002 p. 1443

Drago R.

Note sous Conseil d'État, 16 décembre 1955, Dame Bourokba, D. 1956.393

Note sous Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, KPMG Fiduciaire de France, n° RG : 1999/15862, *JCP* 2000.II.10408, note R. Drago

Dreifuss M.

Note sous Conseil d'État, avis, Sect., 31 mars 1995, SARL Auto-Industrie Méric, *Recueil Lebon* p. 154, *AJDA* 1995, p. 739

Dubouis L.

« L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », Note sous, CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, *RFDA* 1989 p. 1000

Eckert G.

Comm. sous Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208, *Recueil Lebon* p. 492, *CMP* 2001, n° 2, p. 4

Note sous Conseil d'État, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de paris, *Contrats et Marchés publics*, Juillet 2006, comm. 202, pp. 12-14

Fourré J., Puybasset M.

Chronique sous Conseil d'État, Sect., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Latour, *Recueil Lebon* p. 532, *AJ* 1964.28

Chronique sous Conseil d'État, Sect., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne, Recueil Lebon p. 532, AJ 1964.28

Fallon D.

« Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable À propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », Revue française de droit constitutionnel 2/2011 (n° 86), pp. 265-280

Favoreu L.

Note sous Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, RFDA 1990, p. 993.

Flauss J.-F.

« Nicolo, côté cour », Petites Affiches 7 février 1990, p. 6.

« Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 1996, p. 376.

Fombeur P.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 6 décembre 2002, Trognon n° 240028, Recueil Lebon p. 426, RFDA 2003, p. 694

Fouquet O.

Conseil d'État, 1er juillet 1987, n° 54222, Marcantetti, RJF 1987.10.542 et 505

Frison-Roche M.-A., Germain M., Marin J.-C., Pénichon Ch.

Obs. sur Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, RD bancaire et financier 2001, n° 208

Frison-Roche M.-A.

« Le droit d'accès au réseau de transport d'électricité pour un prix équitable (CA Paris, 1re ch., sect. H, 8 juin 2004, Cogé de Kerverzet) », Revue Lamy de la Concurrence, 2004, n° 1, p. 135

« La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir (CA Paris, 1re ch., sect. H, 25 janv. 2005, Cerestar France) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 111-112.

« Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas Sinerg) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 107-110.

« Précisions sur le rôle processuel du régulateur et sur son pouvoir en matière contractuelle (CA Paris, 1er ch., sect. H, 8 mars 2005, Pouchon Cogen) », Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 4, n°327, pp. 104-105

Frydman P.

Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Recueil Lebon p. 190.

Conclusions sous Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, n° 115052, Recueil p. 119 ; RFDA, 10 (3), mai-juin 1994, p. 429.

Galabert J.-M., Gentot M.

Chronique sous Conseil d'État, Sect., 4 mai 1962, Lacombe, Recueil Lebon p. 300, AJ 1962.289

Gaudemet Y.

Note sous Conseil d'État, 13 mars 1981, S.A.R. Armand Pellerin et cie et Fédération nationale du négoce de tissu, RDP 1980, pp. 1428-1436

Gazier F.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Recueil Lebon p. 362, D. 1951.589

Geffray É.

Conclusions sur Conseil d'État, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737, RFD adm. 2009, p. 449.

Geffray É., Bourgeois-Machureau B.

Chron. sous Conseil d'État, Sect., 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, AJDA, 2008, p. 1321.

Geffray E., Liéber S.-J.

Chron. sous Conseil d'Etat, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812

Genevois B.

« L'application du principe de proportionnalité aux amendes fiscales » (n° 87-237 DC du 30 déc. 1987), RFDA 1988. 350.

« Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel » (n° 88-248 DC du 17 janv. 1989), RFDA 1989. 215

« Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse » (n° 89-260 DC du 28 juill. 1989) RFDA 1989. 671. « La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers » (n° 89-261 DC du 28 juill. 1989), RFDA 1989. 691.

« Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative » (n° 89-268 DC du 29 déc. 1989), RFDA 1990. 143

Note sous Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, RFDA 1990, p. 824.

Gentot M., Fourré J.

Chron. sous Conseil d'État, 28 juin 1963, Bapst, Recueil Lebon p. 411, AJDA, 1963, p. 47

Gentot M.

Conclusion sous Conseil d'État, Sect., 6 mars 1970, Ministre de l'Intérieur c. Sieurs Sydein et Desonneville, AJDA 1970, p. 564

Conseil d'État, Ass., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Recueil Lebon p. 704, RDP 1971, p. 987

Glaser E.

« Prise illégale d'intérêts, inéligibilité et démission d'office Conclusions sur Conseil d'État, Section, 1er juillet 2005, Ousty et Gravier », RFDA, 2006, p. 258

« L'appréciation de l'effet d'une concentration sur la concurrence — La demande d'avis par le Conseil d'État au Conseil de la concurrence. Conclusions sur Conseil d'État, 20 juillet 2005, Société Fiducial Informatique et autre », RFDA 2006 p. 692

Conclusions sous Conseil d'État, avis, 4 décembre 2009, Sté Rueil Sports venant aux droits et obligations de la Sté Sidonie, n° 329173, n° JurisData n° 2009-081570, Droit fiscal n° 6, 11 février 2010, comm. 181

Gomel M.

Conclusions sur Conseil d'État, 20 février 1880, Carrière, Recueil Lebon p. 188

Goulard G.

Conclusions sous Conseil d'État, 8 mars 2002, S.A.R.L. Clinique médicale de Mazargues, Recueil Lebon, p. 87, RJF 6/02 n° 671, BDCF n° 82

Grard L.

Note sous Conseil d'État, 16 novembre 2007, Compagnie aérienne Iberia Lineas Aereas de España c. Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, n° 289185, AJDA 2008 p. 58, Revue de droit des transports, 2008, n° 3, p. 38

Comm. des deux avis de l'Autorité de la concurrence du 29 septembre 2011, n° 11-A-15, sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire et n° 11-A-16 relatif au projet de séparation des comptes de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF : « La préparation des gares à l'ouverture du transport ferroviaire à la concurrence », Revue de droit des transports n° 11, Décembre 2011, comm. 169.

Guettier C.

Note sur Conseil d'État, Ass., 3 décembre 1999, Didier, Recueil Lebon p. 399, RD publ. 2000.349

Note sur Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Recueil Lebon p. 433, RD publ. 2001.407

Note sous Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou, n° 255136, Recueil Lebon p. 297, Revue du droit public, 2005, n° 2, pp. 500-506

Note sous Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2008, n° 2, p. 607

Guillaume E.

« Le CoRDiS de la CRE se déclare incompétent pour connaître d'une demande de règlement de différend tendant à obtenir le bénéfice d'un tarif d'achat de l'électricité (Nicodis c. Électricité Réseau Distribution France) », Concurrences, n° 2-2011, n°36284, p. 198

« L'année 2010 a connu une actualité juridique particulièrement riche en matière d'énergie solaire photovoltaïque (Bioenerg ; Green Yellow c. EDF) », Concurrences, n° 1-2011, pp. 175-176

Guillaume E., Daboussy S.

« Énergie – Électricité : Le comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) de la Commission de régulation de l'énergie revient sur les modalités d'application des

dispositions prévoyant des heures de déconnexion pour les installations intermittentes de production d'électricité (Voltalia Organabo Investissements c. EDF ; Volta Guyane c. EDF) », Concurrences, n° 3-2011, n°38126, p. 203

« Le comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la Commission de régulation de l'énergie sanctionne le gestionnaire du réseau de transport du gaz naturel pour non respect de son obligation de transparence tout en précisant la charge des travaux de raccordement appartenant à chacune des parties au contrat de raccordement (SICAE de la Somme et du Cambrasis c. GRTgaz) », Concurrences, n° 3-2011, n°38124, pp. 202-203

Guionin J.

Conseil d'État, Sect., 20 janvier 1956, Nègre, Recueil Lebon p. 24, D. 1957.319

Guyomar M.

Conclusions sous Conseil d'État, 19 mars 2003, Monsieur Hannoun, n° 240718, Petites affiches, 23 avril 2003 n° 81, p. 5

Conclusions sur Conseil d'État, 30 juillet 2003, Société Dubus SA, Les Petites Affiches, 20 février 2004, p. 3

Conclusions sous Conseil d'État, 31 mars 2004, Sté Etna Finance, n° 243579, Recueil Lebon tables p. 693, Juris-Data n° 2004-066993, LPA 2005, n° 150, p. 14

Conclusion sous Conseil d'État, Ass., 7 juill. 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou, n°255136, RFDA 2004, pp. 913-921

Conclusions sous Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, LPA, 26 avril 2005, n°82, p. 55

Conclusions sous Conseil d'État, 27 juillet 2005, M. Lucien Weygand, n° 263302 263351, AJDA 2005 p. 2016

Conclusions sous Conseil d'État, 27 juillet 2005, M. Balkany, n° 261819 : AJDA 2005 p. 2016

Conclusions sous Conseil d'État, 2 nov. 2005, Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202, Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006 n° 1, p. 62

Conclusions sous Conseil d'État, 27 octobre 2006, M. Parent, LPA, 20 décembre 2006, n°253, p. 4.

Conclusions sous Conseil d'État, 30 mai 2007, Société Europe Finance et Industrie, n° 293408, Bulletin Joly Bourse, 1 mai 2007 n° 3, p. 371

« Les sanctions infligées par une autorité administrative Commission nationale des experts en automobiles. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 22 juin 2007, M. Patrick Arfi », RFDA 2007 p. 1199

Conclusions sous Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735, Recueil Lebon p. 386, RFDA 2007 p. 1211

Conclusions sous Conseil d'État, 26 juillet 2007, Global equities et autres c. AMF, n° 293908, Bulletin Joly Bourse, 1 septembre 2007 n° 5, p. 645

Conclusions sous Conseil d'État, 9 novembre 2007, Société Bourse direct SA, n° 298911, Bulletin Joly Bourse, 1 février 2008 n° 1, p. 42

Conclusions sur Conseil d'État, Sect., 6 juin 2008, Société CM CIC Securities, RFDA, 2008, p. 699.

Comm. de l'arrêt C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus : « La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », Banque & Droit, n° 127, sept.-oct. 2009, p. 3

Conclusions sous Conseil d'État, 12 octobre 2009, M. P. c. Société K., n° 31164 : Petites affiches, 05 mai 2010, n° 89, p. 6

Chron. sous Conseil d'État, 21 octobre 2009, Catalano, n° 312928 et 314791 : La Gazette du Palais, 2009, n° 333-335, pp. 8-11

Conclusions sous Conseil d'État, 28 déc. 2009, Refco Securities, n° 305621, Bulletin Joly Bourse, 1er mars 2010 n° 2, p. 138

Note sous Tribunal des conflits, conflit sur renvoi du Conseil d'État, 2 mai 2011, Société Europe Finance et Industrie c. Autorité des marchés financiers, n° 3766, La Gazette du Palais, 26 mai 2011 n° 146, pp. 19-21

Conclusions sur Conseil d'État, 13 juillet 2011, Sté Edelweiss gestion n° 327980 et 329120, Bulletin Joly Bourse, nov. 2011 n° 11, p. 612.

Guyomar M., Collin P.

« Diverses applications du principe d'impartialité » AJDA 2000 p. 126

Chron. sur Conseil d'État, Ass., 3 décembre 1999, Didier, Recueil Lebon p. 399, AJ 2000.126

Chron. sur Conseil d'État, Sect., 3 décembre 1999, Leriche, n° 195512, AJ 2000.126

Chron. sur Conseil d'État, 3 décembre 1999, Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf, n° 197060 et 197061, Recueil Lebon p. 397, AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin

Chron. sur Conseil d'État, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, n° 195715, Recueil Lebon p. 83, AJDA 2000, p. 404, chron. Guyomar et Collin

Chron. sur Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Recueil Lebon p. 433, AJ 2000.101

« Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers, chron. sous Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Crédit agricole Indosuez Chevreux », AJDA 2000 p. 997

Chron. sur Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208, Recueil Lebon p. 492, AJDA 2000, p. 987

Chron. sur Conseil d'État, Sect., ord., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, Recueil Lebon, p. 29, AJDA 2001.152

Chron. sur Conseil d'État, Ass., 6 avril 2001, S.A. Entreprise Razel Frères, n° 206764 et 206767, Recueil Lebon p. 176, AJDA 2001. 453

Chronique sous l'arrêt du Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, AJDA 2001 p. 638

Chronique sous l'arrêt du Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'Economie c. Kechichian, AJDA, 2002, p. 134

Chronique sous Conseil d'État, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, n° 222719, AJDA 2002 p. 127

Hassler T.

Note sous Conseil d'État, 14 juin 1989, Sté Soritel, n° 95031 : Recueil Dalloz 1990 p. 291

Hauriou M.

Note sous Conseil d'État, 13 décembre 1889, Cadot, S. 1892.3.17

Note sous Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint Just c. Préfet du Rhône, Rec. 713, S. 1904.III.17

Note sous Conseil d'État, 29 novembre 1912, S. 1914.III.33 ; La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, préc., tome 2, p. 413

Note sous Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Recueil Lebon 125, S. 1916.3.17

Note sous Conseil d'État, 21 janvier 1921, Syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du territoire de Belfort, S. 1921.III.33

Heers M.

Conclusions sous Cour administrative d'appel de Paris, 3^e ch. A, 30 mars 1999, n° 96PA04386, El Shikh, La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 22 Mars 2000, II 10276

Chron. Cour administrative d'appel de Paris, 3^e ch., 30 mars 1999, Bank of Credit and Commerce International (BCCI Overseas), n° 96PA04386 AJDA 1999 p. 883

Hennen T.

« Arrêt « VEBIC » : la participation des autorités de la concurrence aux recours formés contre leurs décisions », Journal de droit européen, 179 (mai 2011), pp. 133-135

Hubac S.

Conseil d'État, Ass., 8 avril 1998, société Serc Fun Radio, n° 161411, Recueil Lebon p. 138, RFDA 1999. 194

Idoux P.

Note sous Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, Recueil Lebon p. 86, RD publ. 2005.1643, note P. Idoux

Isaac G.

Note sous Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Recueil Lebon p. 190, RTDE 1989.787

Jacquier S., Maxwell W. J.,

« Pouvoir de l'ARCEP d'ordonner des mesures conservatoires dans le cadre d'un règlement des différends (commentaire de l'arrêt de Cass. com., 12 déc. 2006, sté France Télécom c/SA Western Télécom) », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2007, étude 25

Jagerschmidt M.

Conclusions sous Conseil d'État, 13 décembre 1889, Cadot, D. 1891.3.41

Jeanneney P.-A.

Obs. sous Cass. Com., 22 février 2005, SINERG C. EDF, D. 2005, p. 1835.

Note sous ARCEP, décision n° 2007-0635, AJDA, 2007, p. 2348.

Chron. sous Conseil d'État, 19 mai 2008, Fédération nationale UFC Que Choisir, AJDA, 2008, p. 1748

« La Cour de cassation refuse d'entendre les observations de la Commission de régularisation de l'énergie », Recueil Dalloz 2005 p. 1835.

Jèze G.

Note sous Conseil d'État, 2 juin 1911, de Pressensé, RDP, 1911, p. 690

Note sous Conseil d'État, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, RD publ. 1914.145

Note sous Conseil d'État, 14 janvier 1916, Camino, Recueil Lebon p. 15, RD publ. 1917.463

Note sous Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Recueil Lebon 125, RD publ. 1916.206 et 388, note Jèze

Note sous Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133, Revue du droit public 1944, p. 256

Josse P.

Conclusions sous Conseil d'État, 23 janvier 1925, Anduran, Dalloz 1925.III.43.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, Recueil Lebon p. 583, S. 1931.III.73

Conclusions sous Conseil d'État, 9 décembre 1932, Tramway de Cherbourg, Recueil Lebon p. 1050, S. 1933.III.9

Kovar R.

« Le Conseil d'État et le droit communautaire de l'état de guerre à la paix armée (à propos de l'arrêt du 20 octobre 1989, Nicolo) », D. 1990, chron., p. 57

La Verpillière M. de

Conclusions sur Conseil d'État, Sect., 6 juillet 1990, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt, CJEG, 1990, p. 380.

Labayle H., Sudre F.

Comm. sur Conseil d'État, avis, 31 mars 1995, Ministre du Budget c. SARL Auto-Industrie Méric, Recueil p. 154, RFDA 1995 p. 1172

Lafortune M.-A.

Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 5 février 1999, Commission des Opérations de Bourse (COB) contre Jean-Marc Oury et Agent Judiciaire du Trésor (AJT), La Gazette du Palais, 1999, n° 55, pp. 8-33

Laget-Annamayer A.,

Note sous Conseil d'État, 30 juillet 2003, Banque d'escompte et Wormser frères réunis et Société Dubus SA, AJDA, 2004, p. 26

Lagarde P.

« L'absence de motivation d'une décision de rejet d'une demande de naturalisation n'est pas contraire à la Conv. EDH — Conseil d'État, 7 juillet 1995, M'Baye », Revue critique de droit international privé 1996 p. 83

Lamy F.

Conclusions sur Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Recueil Lebon p. 433, JCP 2001.II.10459

« Sur la notion de sanction administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Conclusions sur Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis », RFDA 2002 p. 509

Landais C., Lenica F.

Chron. sous Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, M. Benkerrou, AJDA, 2004, p. 1697

Chron. sous Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, Recueil Lebon p. 86, AJDA 2005. 997

Chron. sous Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460, AJDA 2006, p. 1028

Chron. sous Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Recueil Lebon p. 272, AJDA 2006. 1584

Lasserre Capdeville J.

Note sous Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC, Bulletin Joly Bourse, 1 février 2012, n° 2, p. 55

Latournerie R.

Conseil d'État, 29 janvier 1932, Société des autobus antibois, D. 1932.III.68

Laubadère A. de

Note sous Conseil d'État, Ass., 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Recueil Lebon 344, AJDA 1964, p. 438

Legras C.

Conclusions sur Conseil d'État, ass., 16 février 2009, Société ATOM, n° 274000, RFDA 2009 p. 259

Lefas A.

Conclusions sous Conseil d'État, 22 mai 1946, Sieur L... et autres, Droit social 1947.263

Lenica F.

Conclusions sous Conseil d'État, 27 avril 2009, Bouygues Télécom, n° 312741, RJEP 2009, comm. 34

Letourneur M.

Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Recueil Lebon p. 289 : Gaz. Pal. 1948.2.7, S. 1948.3.69

Conclusions sur Conseil d'État, 27 janvier 1950, Baillard, S. 1950, III, 44

Le Nabasque H.

« La règle de la personnalité des poursuites et des peines ne permet pas, sauf fraude, d'appliquer des sanctions aux sociétés qui sont issues d'une scission lorsque les manquements

constatés sont ceux de la société scindée », note sous Paris, 14 mars 1997, Rev. Sociétés 1997, p. 827

« La règle « non bis in idem » et les abus de marché (à propos des arrêts de l'assemblée plénière du 8 juillet 2010) », Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2010, repère 6

Le Vavasseur de Précourt O.

Conclusions sous Conseil d'État, 13 avril 1881, Bansais, Rec., p. 430, S., 1882, III, 29

Lieber S.-J. et Botteghi D.

Chron. sous Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, Société Atom, AJDA, 2009, p. 583.

Chron. sous Conseil d'État, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737, AJDA 2009, p. 1090.

Chron. sous Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449, AJDA 2010 p. 138

Linditch F.

Note sous Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Recueil Lebon p. 272, JCP Adm. 2006. 113

Llorens F.

Note sous Conseil d'État, Sect., 6 juillet 1990, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt, RFDA, 1991, p. 293.

Lombard M., Glaser E., Nicinski S.

Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2011 p. 649

Lombard M.

Note sur Conseil d'État, ord., 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Dr. adm. 2002, p. 35

Note sous CA Paris, 1ère ch. H., 26 février 2002, France Télécom c. 9 Télécom Réseau, DA, avril 2002, n°75, p. 31

Note sous Conseil d'État, 7 juillet 2004, Legris, n° 225937, Recueil Lebon p. 312, Droit administratif 2004, n° 11, p. 50

Note sous Conseil d'État, ord., 13 décembre 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Eutelsat, n° 274757, Recueil Lebon p. 456, Droit Administratif n° 3, Mars 2005, comm. 43

Note sous Conseil d'État, ord., 11 février 2005, M. Olivier X., n° 276376, et Conseil d'État, 13 juin 2005, société Pages Jaunes, n° 281348, Droit administratif, n° 8, juillet 2005, pp. 35-38 ; Concurrences, n° 3-2005, n°1117, pp. 130-131

Note sous Cass. com. 22 février 2005 société Sinerg c. Electricité de France, n° 04-12.618 ; CA Paris, 8 mars, 2005, EDF c. Sté Pouchon Cogen, Concurrences, n° 2-2005, n°1194, pp. 96-98

Note sous Conseil d'État, 28 avril 2005, Karsenty, Droit administratif, 2005, n° 105

Long M.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 7 mars 1958, Époux Speter, Recueil Lebon p. 152, A.J.D.A., 1958.II. 178

Luc I., Claudel-Picard M.

« Chronique annuelle 2010 de droit interne de la concurrence », Revue juridique de l'économie publique n° 687, Juin 2011, chron. 3, n° 19.

Maitrepierre A.

Rapport du Conseiller rapporteur dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 décembre 2010 sur l'étendue de la compétence de l'ARCEP pour trancher un différend tarifaire entre des parties à une convention d'accès à la boucle locale (SFR/France télécom, pourvoi n° 09-67.371), Concurrences, 2001-1, n° 34288, p. 207

Marais B. du

Note sous Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris, n° 275531, Concurrences, n° 3-2006, n°1671, pp. 167-166

Marais B. du, Houédanou P.

Note sous Conseil d'État, Sect., 6 juin 2008, Société Tradition Securities et Futures, n° 299203 et Société CM CIC Securities, n° 300619, Concurrences, n° 3-2008, n°20119, pp. 169-170

Note sous Conseil d'État, Sect., 31 janvier 2007, Compagnie Corse Air International (Corsair), n° 290567, Concurrences, n° 2-2007, n°13535, pp. 186-189

Marais B. du, Sée A.

Note sous Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, Société Atom, n° 274000, La Gazette du Palais 2009 pp. 11-14

Matsopoulou H.

Note sous Cass. ass. plén., 5 février 1999, COB c. Oury, Bull. civ. AP n° 1, p. 1, Juris-Data n° 1999-000593, JCP G 1999, II, 10060

Maugüé C., Touvet L.

Chron. sur Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, n° 115052, Recueil Lebon p. 117, AJDA, 1994, p. 370

Mazeaud D.

Note sous Cour d'appel de Nancy, 26 septembre 2007, Rev. des contrats, 1 juillet 2008, n°3, p. 738

Melleray F.

Note sous Conseil d'État, 22 juin 2007, M. Patrick A., n° 272650 : Droit administratif, 2007, n° 10, pp. 39-41, note F. Melleray

Note sous Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, n° 293952, Recueil Lebon p. 459, Petites affiches, 9 juin 2008 n° 115, p. 4.

Menuret J.-J.

Note sous Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'économie c. Kechichian, JCP G, 2002, II, 10042.

Mestre A.

Conseil d'État., 19 mai 1933, Benjamin, Recueil Lebon p. 541, S. 1934.III.1

Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Recueil Lebon p. 289, JCP 1948.II.4427

Michel J.-R.

Conseil d'État., 19 mai 1933, Benjamin, Recueil Lebon p. 541, S. 1934.III.1, D. 1933.III.354

Moderne F.

Note sous Conseil d'État, Ass., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Rec. Lebon p. 704, JCP 1971, n° 16757

Note sous Conseil d'État, 20 mai 1996, Société Vortex, n° 167694, Recueil Lebon p. 189, RFDA, 1997, p. 1

Note sous Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie et des Finances c. Kechichian, n° 219562, Recueil Lebon p. 537, RFD adm. 2002. 742

Obs. sous Conseil d'État, 18 février 2002, Groupe Norbert Dentressangle, RFDA, 2002, p. 54.

Morange G.

Note sous Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1945, Aramu, Recueil Lebon p. 213, D. 1946.158

Note sous Conseil d'État, 11 août 1944, Chaverou, D. 1945, p. 228

Moreau J.

Note sous Conseil d'État, 21 février 1996, Mutuelle Antillaise d'Assurances, Revue générale du droit des assurances, 1er juillet 1996, n° 1996-3, p. 583

Note sous Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285, Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2008 n° 2008-1, p. 235

Nicinski S.

Note sous Conseil d'État, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Recueil Lebon p. 20, AJ 2007, p. 744.

Note sous Conseil d'État, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737, AJDA 2009, p. 1747.

Noguellou R.

« Le Conseil d'État et la régulation des télécommunications (à propos des arrêts du Conseil d'État du 27 avril 2009, Société Bouygues Télécom et du 24 juillet 2009, Société Orange France et Société française de radiotéléphonie) », RDP n° 3-2010, pp. 834-835

Odent R.

Conclusion sous Conseil d'État, 26 octobre 1945, Aramu et autres, S. 1946.III.1

Olléon L.

Obs. sous Conseil d'État, avis, 12 avril 2002, SA Financière Labeyrie, n° 239693, Recueil Lebon p. 137, AJDA 2002. 382, RJF 2002, n° 673

« Sécurité des marchés : le refus d'une autorité administrative indépendante d'engager une procédure disciplinaire — le cas de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 novembre 2007, M. Michel Tinez et autres, req. n° 293952 », RFDA 2008 p. 521

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285, RFDA 2008 p. 521

Orsoni G.

Note sur Conseil d'État, Sect., 9 avril 1999, The Coca-Cola Compagny, n° 201853, Lebon. 119, RTD Com. 1999 p. 855 note G. Orsoni

Obs. sous Conseil d'État, 7 juillet 2004, Legris, n° 225937, Recueil Lebon p. 312, RTD com. 2005. 58

Paclot Y.

Comm. sous Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur, n° 2011-200 QPC, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, 12 Janvier 2012, 1034

Pacteau B.

Conseil d'État, Ass., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Rec. Lebon p. 704 ; D. 1971, p. 344

Petit J.

« L'application du principe de la rétroactivité in mitius aux sanctions fiscales (Commentaire de l'avis du Conseil d'État, Section, 5 avril 1996, M. Guy Houdmond) », RFDA 1997 p. 843

Note sous Conseil d'État, 30 mai 2011, Mme O., n° 339496, A.J.D.A. 2011 p. 2246

Piveteau D.

Conclusions sous Conseil d'État, 21 février 1996, Mutuelle antillaise d'assurances, n° 171138, 172053, Revue générale du droit des assurances, 1er juillet 1996, n° 1996-3, p. 583, AJDA 1996 p. 322

Conclusions sous Conseil d'État, 23 mai 1997, Société Amérique Europe Asie, n° 176924, Recueil Lebon p. 196

Plessix B.

Note sous Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449, JCP G, 29/03/2010, n° 13, pp. 674-679, note B. Plessix

Prada-Bordenave E.

Conclusions sous Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, Recueil Lebon p. 86, RFDA 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave

Prétot X.

Note sous Conseil d'État, 28 octobre 2002, Laurent, Recueil Lebon p. 361, Juris-Data n° 2002-064583, RD publ. 2002.1607

Questiaux N.

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Recueil Lebon 344, RD publ. 1964.1019

Reinhard Y., Thomasset-Pierre S.

Obs. sous Conseil d'État, 31 mars 2004, Sté Etna Finance, n° 243579, Recueil Lebon tables p. 693, Juris-Data n° 2004-066993, D. 2005. 2601

Chron. sous Conseil d'État, 17 novembre 2004, M. Armand X., n° 261349, Recueil Dalloz 2005, n° 37, pp. 2601-2611

Renaudin Ph.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 27 mars 1936, Bony, D. 1938.3.34

Richer L.

Obs. sur Conseil d'État, Sect., 6 juillet 1990, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt, AJDA, 1990, p. 907.

Note sous C.R.E., 26 février 2004, AJDA, 2004, p. 849

« Electricité : pouvoirs de la Commission de régulation de l'énergie et notion de « point de raccordement » au réseau », Cour d'appel de Paris, 25 janvier 2005, Société Cerestar France, RG 04/12111, in « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », sous la dir. de L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, A.J.D.A., 2005, p. 1216

Note sous Cass. Com., 22 février 2005, Sinerg C. EDF, AJDA, 2005, p. 1218.

Chron. sous Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 8 mars 2005, S.A. É.D.F. c. Société Pouchon Cogen, n° RG 04/12606, n° JurisData : 2005-279037, AJDA 2005 p. 1216

Richer L., Jeanneney P.-A., Charbit N.

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2004 p. 849.

« Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2004 p. 1508.

Riffault-Silk J.

Note sous Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, KPMG Fiduciaire de France, n° RG : 1999/15862, Revue de science criminelle 2000. p. 629

Obs. sur Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, Rev. science crim. 2002. 612

Conseil d'État, ord., 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, req. n° 239840, Dr. adm. 2002, p. 35, note Martine Lombard

Rivero J.

Note sous Conseil d'État, Ass., 18 avril 1947, Jarrigion, Recueil Lebon p. 148, S. 1948.3.33

Romieu J.

Conclusions sous Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint Just c. Préfet du Rhône, Rec. 713, S. 1904.III.17

Rontchevsky N.

Obs. sous Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, KPMG Fiduciaire de France, n° RG : 1999/15862, Revue trimestrielle de droit commercial 2000. p. 405

Obs. sur Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, RTD com. 2002. 132

Obs. sur Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001, RTDcom 2005, n° 2, pp. 384-389

Note sous Conseil d'État, 2 novembre 2005, Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202, RTDcom 2006 pp. 160-164

Note sous Conseil d'État, 15 mars 2006, Zerbib, n° 276370, Recueil Lebon, tables p. 741, RTD com. 2006. 629

Note sous Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Olivier A, n° 276375, RTD Com. 2006 p. 629

Note sous Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Laurent A., n° 276370, RTD Com. 2006 p. 629

Rouault M.-C.

Note sous Conseil d'État, 12 avril 1995, Société P.M.E. Assurances, n° 143797 et 143798, Semaine juridique JCP G — édition générale 1995 28 IV 1708 218

Obs. sur Conseil d'État, 15 janvier 1997, Association Radio-Sud-Vendée-Pictons, n° 177989, Recueil Lebon, p. 20, JCP G 1997, IV, 1301, obs. M.-Ch. Rouault

Saint Pulgent M. de

« Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs nature et régime juridiques », concl. sur Conseil d'État, Assemblée, 1^{er} mars 1991, M. Le Cun, RFDA, 1991, p. 612.

Saulnier-Cassia E.

Note sous Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866, Recueil Lebon p. 86, JCP A 2005, p. 632-635

Schwartz R.

Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 3 décembre 1999, Leriche, Droit social, 2000, p. 194.

Schwartz R., Maugué Chr.

Chron. sur Conseil d'État, Sect., 25 janv. 1991, Confédération nationale des associations familiales catholiques, AJDA 1991, p. 362

Chron. sur Conseil d'État, Ass., 1^{er} mars 1991, Le Cun, Recueil Lebon p. 70 : AJDA 1991, p. 358

Seban A.

« Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier », RFDA 2000 p. 584

Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, n° 195715, Recueil Lebon p. 83, RFDA 2000, p. 435

Conclusion sur Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Crédit agricole Indosuez Chevreux, CJEG, 2001, p. 68

Conclusions sous Conseil d'État, Ass., 6 avril 2001, n° 206764 et 206767, S.A. Entreprise Razel Frères, RFDA 2001 p. 1299

« La responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du contrôle bancaire, Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Kechichian et autres », RFDA 2002 p. 742.

Senac de Monsebernard M.,

Note sous CA Paris, 24 février 2004, EDF c. SINERG, DA, avril 2004, n°69, p. 31

Note sous CA Paris, 1ère ch. H., 6 avril 2004, SA France Télécom, DA, Juillet 2004, n°117, p. 29

Note sous CA Paris, 1ère ch. H., 7 décembre 2004, SA Mobius et Société France Télécom, DA, mars 2005, n°44, p. 33

Chronique du droit de la régulation, LPA, 26 décembre 2005, p. 256.

Silva I. de

Note sous Cour d'appel de Paris, 1re ch., sect. H, 28 avril 1998, France Télécom c. Compagnie générale des eaux, AJDA 1998 p. 835

Conclusions sous Conseil d'État, 31 janvier 2007, Compagnie Corsair Internationale SA, Recueil Dalloz 2007 p. 757

Simon D.

Note sous Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Recueil Lebon p. 190, AJ 1989. 788

Soto J. de

Note sous Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133, D. 1945.110 note de Soto

Stahl J.-H.

« Le contrôle des concentrations économiques — Conclusions sur Conseil d'État, Section, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company », RFDA 1999 p. 777

Stirn B.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., 25 janv. 1991, n° 103143, n° 107100 et n° 107101, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Recueil Lebon p. 30, RFDA 1991. 285

Subra de Bieusses P.

Note sur Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Recueil Lebon p. 433, AJ 2000.1071

Sudre F.

« À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction ». Note sous Conseil d'État, 3 décembre 1999, Didier, Leriche, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, JCP éd G, 2000, II, 10267

Terneyre P.

Note sous Conseil d'État, 17 octobre 1986, ministre des PTT c. Erhardt, Recueil Lebon p. 240, RA 1986.569

Note sous Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001, RFDA 2005, n° 2, pp. 444-446

Note sous Conseil d'État, 6 janvier 2006, Société Lebanese Communication Group c. Conseil supérieur de l'audiovisuel, n° 279596, RFDA, 2006, n° 2, pp. 429-433

Obs. sous Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460, BJCP 2006, n° 46, p. 173

Thiellay J.-P.

Note sous Conseil d'État, 29 juillet 2002, Association Radio Deux couleurs, n° 221302 : AJDA 2003, p. 475

Conclusions sous Conseil d'État, 21 octobre 2009, Association Radio Horizon, AJDA, 2010, p. 339.

Conclusions sous Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n° 335336, R.F.D.A., 2010, p. 1082

Thomasset-Pierre S.,

Note sous CA Paris, 1er févr. 2005 (2 arrêts), JCP 2006. II. 10091

Torck S.

Note sous Cass. com., 20 septembre 2011, Xavier X. c. AMF, n° 10-13.911, JurisData n° 2011-023387 ; Thoma c. AMF, n° 10-13.591, JurisData n° 2011-019472 ; Moccia c. AMF, n° 10-13.878, JurisData n° 2011-019490 : Droit des sociétés n° 12, Décembre 2011, comm. 221

Toutée H.

Conclusions sur Conseil d'État, 13 janvier 1995, Société Télévision Française 1, n° 138691, AJDA, 1995, pp. 406-410

Conclusions sous Conseil d'État, Section, 10 juillet 1995, Société Télévision Française 1, n° 141726, AJDA, 1995, pp. 637-643

Touvet L.

Conclusions sous Conseil d'État, Sect., ord., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, Recueil Lebon, p. 29, RFDA 2001.378

Touvet L., Stahl J.-H.

« Application du principe de la publicité des audiences issu de l'article 6- 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à la Commission centrale d'aide sociale », AJDA 1994 p. 691

Tran Thiet J.-P.

« Les prix exigés par les opérateurs mobiles pour l'accueil sur leur réseau des appels en provenance d'autres opérateurs feront l'objet d'un encadrement (ART, 9 décembre 2004) », Concurrences, n° 1-2005, n°1447, pp. 123-125

« Télécommunications — Terminaison d'appel des SMS : Le régulateur impose aux opérateurs une baisse du prix des prestations de terminaison d'appel pour les SMS », Concurrences, n° 1-2006, n°992, pp. 192-193

« Électricité — Interconnexions : Le régulateur envisage de nouvelles procédures d'allocation des capacités », Concurrences, n° 1-2006, n°996, pp. 195-196

« Prix des terminaisons d'appel : L'ARCEP impose une baisse des prix (France Télécom/Neuf Télécom) », Concurrences, N° 3-2006, n°1612, pp. 154-156

Tran Thiet J.-P., Berg O.

Note sous C.S.A., Communiqué de presse du 17 décembre 2009, Injonction à Canal Sat de réexaminer la numérotation de NRJ 12 et de BFM TV, Concurrences, n° 1-2010, n°30378, pp. 173-174

« L'ARCEP attribue la quatrième licence de téléphonie mobile de troisième génération et lance une procédure d'infraction contre Orange France et SFR (Orange France c. SFR) », Concurrences, n° 1-2010, n°30367, p. 170

« Le Conseil d'État suspend en référé l'exécution des injonctions prononcées par le CSA tendant à établir un nouveau plan de services d'un bouquet de chaînes de télévision (Canal + Distribution) », Concurrences, n° 2-2010, n°31570, pp. 143-144

« L'ARCEP étend ses compétences de règlement de différend aux infrastructures passives (France Télécom c. NC Numericable) », Concurrences, n° 1-2011, n°34349, pp. 171-172

« Le CoRDIS de la CRE rejette les demandes concernant des conditions de raccordement d'une installation photovoltaïque au réseau de distribution d'électricité en Guyane (Centrale solaire de Macouria 2 c. Électricité de France) », Concurrences, n° 2-2011, n°36286, p. 198

« La Cour d'appel de Paris confirme la compétence de règlement de différend de l'ARCEP s'agissant des infrastructures passives (Numericable c/France Télécom) », Concurrences, n° 3-2011, n°38105, pp. 194-195

« L'ARCEP impose à l'opérateur historique de donner accès à l'un de ses sites de diffusion radio (Towercast et TDF) », Concurrences, n° 3-2011, n°38110, pp. 195-196

Tran Thiet J.-P., Justier S.

Note sous C.S.A., déc. n° 2008-523 du 8 juillet 2008 relative à un différend opposant les sociétés AB Sat et Métropole Télévision, Concurrences, n° 4-2008, n°22300, pp. 147-149

Tran Thiet J.-P., Jaunet V.

Note sous A.R.C.E.P., déc. n° 2008-0002, 5 février 2008, sur le dossier tarifaire de La Poste du 13 décembre 2007 relatif aux produits nationaux du colis relevant du service universel

Tran Thiet J.-P., Lallemand H.

« Le CoRDiS impose la modification de la clause des contrats GRD-F relative à la charge des impayés (Direct Energie c. ERDF) », Concurrences, n° 1-2011, n°34355, p. 177

Tuot T.

Note sous C.R.E., 24 février 2004, SINERG ; 6 avril 2004, Eurotunnel c. RTE ; 6 mai 2004, Saffhloa c. EDF ; 25 mai 2004, RTE c. Cerestar ; 26 mai 2004, Sarl de la Torre ; 3 juin 2004, Pouchon Cogen c. EDF ; 4 juin 2004, Clariant Huningue c. SAEML Huningue ; 22 juillet 2004, JMF Immo c. EDF ; CA Paris, 8 juin 2004, EDF c. CRE, Concurrences, n° 1-2005, n°1445, pp. 121-123

Note sous CA Paris, 1ère ch. H, 25 janvier 2005, Cerestar c. RTE, Concurrences, N° 2-2005, n°1196, pp. 98-100

Comm. de Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, (JORF n° 117 du 21 mai 2005, p. 8825), Concurrences, n° 3-2005, n°1120, pp. 131-133

Note sous C.R.E., décision du 8 mars 2006 se prononçant sur un différend qui oppose Altergaz à Gaz de France, Concurrences, n° 2-2006, n°823, pp. 152-153

Note sous Conseil d'État, 29 décembre 2006, UPC France, n° 288251, Concurrences, n° 1-2007, n°13071, p. 158

Urbain-Parleani I.

« La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions Note sous Cour de cassation (crim.), 20 juin 2000 Société Pilkington Sud », Revue des sociétés 2001 p. 851

Waline M.

Note sous Conseil d'État, 12 juillet 1929, Du Hays, D. 1930.III.21.

Note sous Conseil d'État, Sect., 27 mars 1936, Bony, D. 1938.3.34, note M. Waline

Note sous Conseil d'État, 15 mai 1936, Bélot, D. 1937.III.1

Note sous Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Recueil Lebon p. 289, D. 1948.437

Note sous Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon p. 111, R.D.P. 1951, p. 478

Note sous Conseil d'État, 8 janvier 1954, dame Llouquet, R.D.P. 1954.504

Note sous Conseil d'État, Sect., 4 mars 1960, Lévy, RDP 1960.1030

Note sous Conseil d'État, 30 septembre 1960, Jauffret, RDP 1961.828

Note sous Conseil d'État, 12 février 1962, Percy du Sert, RDP 1962, p. 1174

Note sous Conseil d'État, 13 juin 1964, D'André, Recueil Lebon p. 329, RDP 1965, p. 65

Conseil d'État, 29 avril 1970, Société Unipain, Recueil Lebon p. 280, RD publ. 1970.423

II — Sur le droit anglais

Allen S.

« Reviewing the prerogative of colonial governance », Judicial Review, 2009, 14 (2), 119-128
Cane P.

« Self regulation and judicial review », Civil Justice Quarterly, 1987, p. 324

Clayton R., Sachdeva V.

« The role of judicial review in curing breaches of Article 6 », Judicial Review 2003, 8 (2), 90-96.

Craig P.

« The courts, the Human Rights Act and judicial review » Law Quarterly Review 2001, 117 (Oct), 589-603

« The Human Rights Act, Article 6 and procedural rights », Public Law 2003, Win, 753-773

Craig P., Schonberg S.,

« Substantive legitimate expectations after Coughlan », Public Law, 2000, Win, pp. 684-701

Elliott M.

« Coughlan : substantive protection of legitimate expectations revisited », Judicial Review, 2000, 5 (1), pp. 27-32

Falkner R.

« Judicial review of the Take-over Panel and self-regulatory organisations », *Journal of International Banking Law*, 1987, p. 103

Forsyth C. F.

« The scope of judicial review : « public duty » not « source of power » », *Public Law*, 1987, p. 356

« Article 6 (1) of the European Convention and the curative powers of judicial review » *Cambridge Law Journal* 2001, 60 (3), 449-452

« Procedural justice in administrative proceedings and Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms » *Cambridge Law Journal* 2003, 62 (2), 244-247

Halpern D.

Comm. de Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens, *The Modern Law Review*, (2010) 73 (3) 487-493

Lowe T.

« Public law and self-regulation », *Company Lawyer*, 1987, p. 115

Oliver D.

« Fishing on the incoming tide », *Modern Law Review* 1991, 54 (3), 442-451

Palmer S

« They Made a Dessert and Called it Peace : Banishment and the Royal Prerogative », 2001, *Cambridge Law Journal*, p. 234

Poole T.

« The royal prerogative », *International Journal of Constitutional Law* 2010, 8 (1), 146-155

Sheldon N., Havers P.

« Politicians' promises and abuse of power », *Judicial Review*, 2000, 5 (2), pp. 96-99

III — Sur le droit européen et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Andriantsimbazovina J., Sermet L.

Chron. sur C.E.D.H., 4 mai 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n° 47650/99, RFDA 2006 p. 587

Autin J.-L., Sudre F.

« La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Procola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995) », *R.F.D.A.* 1996, p. 777-796

Note sous C.E.D.H., 7 juin 2001, *Kress c. France*, n° 39594/98, *Recueil* 2001-VI, RFDA 2001.1000

Note sous CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*, RFDA 2007 p. 342

Bazex M.

Note sous C.J.C.E., 24 avril 2008, Arcor AG c. Allemagne et Deutsche Telekom, aff. C-55/06 : « Vers des « conflits de loi » entre la régulation concurrentielle générale et la régulation sectorielle ? », Droit Administratif n° 2, Février 2011, comm. 22

Benoit-Rohmer F.

Note sous C.J.U.E., 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd c. Commission européenne, aff. C-550/07 P (J.O. n° C 301 du 06/11/2010 p. 2), RTDEur., 2011, 47 (1), p. 172

Bonneau T.

Note sous C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, Banque et Droit, 1er juillet 2009, n° 126, pp. 16-17, note T. Bonneau

Bosco D.

« Quelle place pour le principe non bis in idem dans le Réseau européen de concurrence ? », Note sur les concl. de l'avocat général Mme J. Kokott, CJUE, 8 sept. 2010, aff. C-17/10, Toshiba Corporation e.a., Contrats Concurrence Consommation n° 11, novembre 2011, comm. 247.

Böse M.

« Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 23 December 2009 », (2011) 48 Common Market Law Review, pp. 189 – 201

Bouveresse A.

Note sous C.J.C.E., 12 octobre 2004, Paul, Sonnen-Lütte et Mörkens, aff. C-222/02, Recueil p. I-9425 : Europe 2004 ; « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, étude 17.

Note sous CJUE, 6 octobre 2010, aff. C-222/08, Commission contre Royaume de Belgique, concl. Pedro Cruz Villalón : Europe 2010, comm. 418

Cardonnel P.

« Régulation : Le Tribunal de l'UE considère qu'une demande de la Commission visant à ce qu'une autorité nationale de régulation modifie une dérogation (art. 22 du règlement 2003/55) n'est pas un acte attaquant (Concord Power Nordal c. RWE Transgas) », Concurrences, n° 1-2011, n° 34321, p. 192.

Claudé E.

Note sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil, Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2011, dossier 2, n° 7, obs. E. Claudé

Cohen-Jonathan G., Flauss J.-F.

Note sous C.E.D.H., 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg, n° 14570/89, Série A, n° 326, Justices 1997, p. 212-215

Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer

Conclusions sous C.J.C.E., 13 septembre 2005, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-176/03

Conclusions présentées le 10 juin 2008 sous l'arrêt C.J.C.E., 2e ch., 13 novembre 2008, Commission des Communautés européennes contre République de Pologne, aff. C-227/07.

Conclusions présentées le 14 mai 2009, aff. C- 192/08, TeliaSonera Finland Oyj.

Decocq G.

Note sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil : JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 14 avril 2011, n° 15, p. 24

Delzangles H.

Note sous CJUE, 6 octobre 2010, aff. C-222/08, Commission contre Royaume de Belgique, Revue juridique de l'économie publique n° 689, Août 2011, comm. 41

Drago R.

Note sous C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, Recueil 2001-VI, D. 2001.2619

Eliantonio M., Glavanovits G.

« EU Law and Access to Court : The Experience of Austria in the Telecommunications Sector » (2011) 17 European Public Law pp. 51 – 60

Forsyth C. F.

Note sous C.E.D.H., 14 novembre 2006, Tsfayo c. Royaume-Uni, n° 60860/00 : « Administrative decision-makers and compliance with Article 6 (1) : the limits of the curative principle », Cambridge Law Journal, 2007, 66 (3), pp. 487-490

Frese M. J.

Note sous C.J.U.E., 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd c. Commission européenne, aff. C-550/07 P (J.O. n° C 301 du 06/11/2010 p. 2) : « The development of general principles for EU competition law enforcement — the protection of legal professional privilege », European Competition Law Review, 2011, 32 (4), pp. 196-205

Geelhoed M. L. A.

Conclusions sous C.J.C.E., 18 octobre 2001, Commission des Communautés européennes contre Irlande, aff. C-354/99

Conclusions sous l'arrêt C.J.C.E., 13 décembre 2001, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99, Recueil, p. I-05197

Genevois B.

Note sous C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, Recueil 2001-VI, RFDA 2001.991

Houillon G.

C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, Droit administratif, 1er août 2009, n° 8, pp. 20-24

Howell J.

Note sous C.E.D.H., 14 novembre 2006, Tsfayo c. Royaume-Uni, n° 60860/00 : « Alconbury Crumbles », 12 Judicial Review 9 (2007)

Kovar J.-P., Lasserre Capdeville J.

Note sous C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, Revue de Droit Bancaire et Financier, 1er mai 2010, n° 3, p. 75

Idot L.

Note sous C.J.C.E., 24 avril 2008, Arcor AG c. Allemagne et Deutsche Telekom, aff. C-55/06 : L. Idot, « Abus de position dominante, accès à la boucle locale et effet de ciseaux dans le secteur des télécommunications », Europe n°6, juin 2008, comm. 201

Note sous C.J.C.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), C-45/08, Recueil p. I-12073 : Europe, 01/02/2010, n° 2, pp. 24-25

Kauff-Gazin F.

« Concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective », Europe n° 4, avril 2008, comm. 108

Koering-Joulin R.

« Chronique internationale des droits de l'homme », Revue de science criminelle 1999 p. 384.

Labayle H., Sudre F.

Chron. sur C.E.D.H., 6 avril 2000, Athanassoglou c. Suisse, n° 27644/95, Recueil 2000-IV : RFDA 2001 p. 1250

Maitrepierre A.

Note sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil, Concurrences, N° 1-2011, n° 34233, pp. 179-181

Poiaras Maduro M.

Conclusions sous l'arrêt C.J.C.E., 15 février 2007, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, aff. C-426/05, Recueil, p. I-00685

Conclusions sous l'arrêt C.J.C.E., 18 juillet 2007, sous l'arrêt Arcor AG & Co. KG contre Bundesrepublik Deutschland, aff. C-55/06, Recueil p. I-02931

Pradel J.

« Principe Ne bis in idem, poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme », Recueil Dalloz 2009 p. 2014.

Prieto C.

Note sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil, Journal du droit international (Clunet) n° 2, avril 2011, chron. 4, n° 27

Rigaux A.

« L'arrêt Brasserie du Pêcheur-Factortame III : le roi peut mal faire en droit communautaire... », Europe mai 1996, chron. n° 5

Note sous C.J.C.E., 25 novembre 2008, Heemskerk et Schaap, aff. C-455/06, Rec. I. 8763, Europe n° 1, janvier 2009, comm. 6, note A. Rigaux

Rizzuto F.

Note sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkeren (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil, European Competition Law Review 2011, 32 (6), 285-296

Rolin F.

Note sous C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, Recueil 2001-VI, AJDA 2001. 675

Ross M.

« The B.T. Case : A Shot in the Arm for EEC Competition Policy in the Public Sector », European Law Review 1985 pp.457-462

Schmidt D.

Note sous C.J.C.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), C-45/08, Recueil p. I-12073 : « Une notion controversée : l'utilisation d'une information privilégiée. Précisions sur les sanctions », Bull. mensuel d'information des sociétés Joly, 01/04/2010, n°4, pp. 346 -360

Schulte-Braucks R.

« L'arrêt « British Telecom » : première pierre d'un droit européen des télécommunications », R.M.C., 1986, p. 594

Simon D., Barav A.

« Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame », Rev. Marché commun 1990, p. 591.

Sudre F.

Chron. sur C.E.D.H., 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg, n° 14570/89, Série A, n° 326, J.C.P. 1996, édition générale, n° 8, I, 3910

Chron. sur C.E.D.H., 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, n° 23043/93, Recueil 1998-II, JCP G 1999, I, 105

Chron. sur C.E.D.H., 23 septembre 1998, Malige c. France, n° 27812/95, Recueil 1998-VII, JCP G 1999, II, 10086

Chron. sur C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, Recueil 2001-VI, JCP 2001.II.10578

Chron. sur C.E.D.H., 27 août 2002, Didier, JCP G, 2003, p. 231

Chron. sur C.E.D.H., 27 juillet 2006, Gubler c. France, n° 69742/01, La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 janvier 2007, I 106, n° 7

Chron. sur C.E.D.H., 21 février 2008, Ravon c. France, n° 18497/03, La Semaine Juridique Édition Générale n° 30, 23 Juillet 2008, I 167

Chron. sur C.E.D.H., Grande ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03, JCP 2009, n° 23, 13 juill. 2009, p. 143

Chron sur C.E.D.H., 14 juin 2011, Ciechonska c. Pologne, n° 19776/04, La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 29 Août 2011, 914, n° 3

Sudre F., Autin J.-L.

Note sous CEDH, 9 novembre 2006, Sacilor-Lormines c. France, RFDA 2007 p. 342.

Stix-Hackl C.

Conclusions sous l'arrêt de la C.J.C.E., 23 mars 2006, Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), aff. C-438/04, Recueil p. I-06675

Tesauro G.

Conclusions de l'avocat général présentées le 17 mai 1990 sous l'arrêt The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e.a., aff. C-213/89 (Recueil de jurisprudence 1990 page I-02433)

Tuot T.

Note sous C.J.C.E., 2ème ch., C-426/05, 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH/Telecom Control Kommission, Concurrences, n° 2-2008, n°16575, p. 164

Van Cleynenbreugel P.

« Transforming Shields into Swords: The VEBIC Judgment, Adequate Judicial Protection Standards and the Emergence of Procedural Heteronomy in EU Law », Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2011, vol. 18, n° 4, p. 511.

Weyer H.

« Case C-426/05, Tele2 Telecommunication GmbH v. Telekom-Control-Kommission, Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 February 2008, [2008] ECR I-685 » (2009) 46 Common Market Law Review pp. 1737 – 175

§ 4 — Liste des jugements, décisions et arrêts cités

I — Juridictions françaises

A — Juridictions administratives

Tribunal administratif de Paris, 13 juin 1996, Societe Ile de France Media, n° 9312920/7

Tribunal administratif de Paris, 2 juillet 1998, France Télécom, n° 9711038/7

Tribunal administratif de Paris, 29 juillet 2009, Sté Vortex, n° 0619677

Tribunal administratif de Montreuil, 8 octobre 2010, Société Compagnie hôtelière de gestion, n° 0909035, AJDA, 2011, p. 843, concl. B. Brenet.

Cour administrative d'appel, Paris, Chambre 3, 20 Octobre 1998, n° 96PA02608, 96PA02615, tables du Recueil Lebon, AJDA 1999 p. 275

Cour administrative d'appel de Paris, 30 mars 1999, M. Loay El Shikh, n° 96PA04386, JurisData n° 2000-114995, Recueil Lebon, tables, p. 505, JCP 2000. II. 10276, concl. Heers, AJDA 1999. 883, chron. L. Benoît, J. Berthoud et a

Cour administrative d'appel de Paris, 13 juillet 1999, Groupe Norbert Dentressangle, n° 96PA02356

Cour administrative d'appel, Paris, 18 juin 2002, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et Société Française de Transmissions de Données par Radio (TDR), n° 98PA04341 et 98PA04342

Cour administrative d'appel de Paris, 8 mars 2006, n° 02PA02296

Cour administrative d'appel de Paris, 11 juillet 2007, Association Ici et Maintenant, n° 04PA00869

Conseil d'État, 22 mai 1813, Chenantais, R.I., p. 446

Conseil d'État, 17 août 1825, Bazard, Recueil Lebon p. 503, ici p. 506

Conseil d'État, 16 mai 1827, Minvielle, Recueil Lebon p. 289, ici p. 290

Conseil d'État, 24 août 1832, Rivière

Conseil d'État, 21 déc. 1837, Avignon. S. 38.2.27.5, P. adm. chr.

Conseil d'État, 10 mai 1860, Musellec S. 61.2.173. P. adm. chr.

Conseil d'État, 12 février 1857, Lavalesquerie, Recueil Lebon pp. 136-137

Conseil d'État, 25 février 1864, Recueil Lebon Lesbats p. 209

Conseil d'État, 9 janvier 1868, Servat, Recueil Lebon p. 13

Conseil d'État, 20 février 1868, Bouchers de Paris, Recueil Lebon p. 194 et les conclusions p. 197

Conseil d'État, 14 août 1871, Couillaud, Recueil Lebon p. 126

Conseil d'État, 16 mai 1872, Ville de Meaux, Recueil Lebon p. 325

Conseil d'État, 12 mars 1875, Dame Étienne, Recueil Lebon p. 247

Conseil d'État, 20 février 1880, Carrière, Rec. p. 188

Conseil d'État, 24 décembre 1880, Besnard-Beaupré, D. 32.3.36

Conseil d'État, 13 avril 1881, Bansais, Rec., p. 430, S., 1882, III, p. 29, concl. O. Le Vavasseur de Précourt, DP, 1882, III, p. 49 et JPJA, 1881-1885, p. 75, concl., RGA, 1881, t. 2, p. 68, chron. O. Le Vavasseur de Précourt

Conseil d'État, 26 décembre 1891, Combeau (Leb. chr., p. 818) cités in Répertoire général alphabétique du droit français, L. Larose (Paris), 1886-1924, tome 33, p. 216, n° 444

Conseil d'État, 13 décembre 1889, Cadot, Recueil Lebon p. 1148, concl. Jagerschmidt (D. 1891.3.41, concl. Jagerschmidt ; S. 1892.3.17, note Hauriou ; Droits, n° 9, 1989.78, J. Chevallier « Réflexions sur l'arrêt Cadot »

Conseil d'État, 29 janvier 1897, Société du Gaz de Saint-Amand, Recueil Lebon p. 57

Conseil d'État, 1er juillet 1898, Brillomis, Recueil Lebon p. 498

Conseil d'État, 13 juin 1902, Assier de Pompignan, Recueil Lebon p. 442

Conseil d'État, 20 juin 1903, Demoiselle Lebas et Dame veuve Tourangin, Recueil Lebon p. 480

Conseil d'État, 23 février 1906, Carré, Recueil Lebon p. 171

Conseil d'État, 7 avril 1911, Compagnie Générale des Eaux, Recueil Lebon p. 439 ;

Conseil d'État, 2 juin 1911, de Pressensé, RDP, 1911, p. 690, note G. Jèze

Conseil d'État, 10 novembre 1911, Leconge et Wilmann, Recueil Lebon p. 1026

Conseil d'État, 10 novembre 1911, Consorts Chabrat, Recueil Lebon p. 1026

Conseil d'État, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Recueil Lebon 909, concl. Blum, D. 1916.3.35, concl. Blum ; S. 1917.3.15, concl. Blum ; RD publ. 1914.145, note Jèze ; G.A.J.A., 17e éd., n° 25, p. 143

Conseil d'État, 17 janvier 1913, Congrégation des soeurs de Saint-Régis, Recueil Lebon p. 72, concl. Corneille

Conseil d'État, 20 juin 1913, Téry, Recueil Lebon p. 736, S. 1920.3.13, concl. Corneille

Conseil d'État, 6 mars 1914, Syndicat de la boucherie de la ville de Chateauroux, Recueil Lebon p. 308

Conseil d'État, 24 juillet 1914, Dame veuve Treifous, Recueil Lebon p. 940

Conseil d'État, 16 juillet 1915, Vigourou, Puech et autres, Recueil Lebon p. 245

Conseil d'État, 14 janvier 1916, Camino, Recueil Lebon p. 15 : RD publ. 1917.463, concl. Corneille, note Jèze ; S. 1922.3.10, concl. Corneille ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n°29

Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Recueil Lebon p. 125, concl. Chardenet : D. 1916.3.25, concl. Chardenet ; RD publ. 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèze ; S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou ; G.A.J.A., 17e éd., n°30.

Conseil d'État, 12 janvier 1917, Létrillard, Recueil Lebon p. 33

Conseil d'État, 26 octobre 1917, Dairat, Recueil Lebon p. 690

Conseil d'État, 22 novembre 1918, Driat, Recueil Lebon p. 1046

Conseil d'État, 24 janvier 1919, Société française des asphaltes, Recueil Lebon p. 89

Conseil d'État, 23 mai 1919, Debar, Recueil Lebon p. 463

Conseil d'État, 8 août 1919, Labonne, Recueil Lebon p. 737

Conseil d'État, 20 février 1920, Durand, Recueil Lebon p. 192

Conseil d'État, 21 janvier 1921, Syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du territoire de Belfort, S. 1921.III.33, note Hauriou

Conseil d'État, 1er juin 1921, C^{ie} des chemins de fer de grande banlieue, Recueil Lebon p. 531

Conseil d'État, 16 décembre 1921, Sassey, Recueil Lebon p. 1063

Conseil d'État, 28 novembre 1924, Jouzier, Recueil Lebon p. 955

Conseil d'État, 23 janvier 1925, Anduran, Dalloz 1925.III.43, concl. Josse

Conseil d'État, 26 décembre 1925, Rodière, RDP. 1926, p. 35, concl. Cahen Salvador

Conseil d'État, 13 mai 1927, Carrier, D. 1927.355

Conseil d'État, Sect., 18 janvier 1928, Sieur Vermot, Recueil Lebon p. 65,

Conseil d'État, 10 février 1928, Compagnie pyrénéenne, Recueil Lebon p. 204

Conseil d'État, 12 juillet 1929, Du Hays, D. 1930.III.21, note Waline

Conseil d'État, 13 décembre 1929, Sect., Sociétés Félix Potin et Luce et Cie, Recueil Lebon p. 1118

Conseil d'État, 8 janvier 1930, Sieur Caputo, Recueil Lebon p. 14

Conseil d'État, Sect., 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, Recueil Lebon p. 583, concl. Josse et note R. Alibert S. 1931.III.73

Conseil d'État, Sect., 27 juin 1930, Bourrageas et Moullot, Recueil Lebon p. 659

Conseil d'État, 29 janvier 1932, Société des autobus antibois, D. 1932.III.68, concl. R. Latournerie

Conseil d'État, 9 déc. 1932, Tramway de Cherbourg, Recueil Lebon p. 1050, S. 1933.III.9

Conseil d'État, 13 janvier 1933, Mironneau c. Ville d'Aix-les-Bains, D. 1933.III.8

Conseil d'État., 19 mai 1933, Benjamin, Recueil Lebon p. 541 : S. 1934.III.1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933.III.354, concl. Michel.

Conseil d'État, Sect., 2 février 1934, Association charbonnière Lille-Roubaix-Tourcoing, Recueil Lebon p. 167

Conseil d'État, 7 mars 1934, Cie Le Phénix, Recueil Lebon p. 311

Conseil d'État, 27 juin 1934, Doreau, Recueil Lebon p. 729

Conseil d'État, 16 nov. 1934, Ministre des Travaux publics, Recueil Lebon p. 1078

Conseil d'État, Ass., 24 janvier 1936, Sieur Blot-Tartar, Rec. Lebon p. 108,

Conseil d'État, Sect., 27 mars 1936, Bony : D. 1938.3.34, note M. Waline, concl. M. Renaudin

Conseil d'État, 15 mai 1936, Belot, D. 1937.III.1 et la note de M. Waline

Conseil d'État, 10 mars 1937, Société Robiou du Pont et U. Martin, Recueil Lebon p. 294

Conseil d'État, 4 juin 1937, Société Fracoltra, Recueil Lebon p. 552

Conseil d'État, 11 mars 1938, Hirigoyen, Recueil Lebon p. 264

Conseil d'État, Sect., 17 mars 1939, Sieur Peux, Recueil Lebon p. 178

Conseil d'État, 3 mai 1940, Compagnie Agricole d'Arbitrage, Recueil Lebon p. 153

Conseil d'État, 29 juillet 1943, Solus, Recueil Lebon p. 211

Conseil d'État, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Recueil Lebon p. 133 : D. 1945.110, concl. Chenot, note de Soto ; Revue du droit public 1944, p. 256, concl. Chenot, note Jèze

Conseil d'État, Sect. 16 juin 1944, Hervé, Recueil Lebon p. 173

Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1945, Aramu, Recueil Lebon p. 213 : S. 1946.3.1., concl. R. Odent ; EDCE 1947.48, concl. ; D. 1946.158, note G. Morange

Conseil d'État, 22 mai 1946, Sieur L... et autres, Droit social 1947.263, concl. Lefas

Conseil d'État, 4 novembre 1946, Mayeux, Recueil Lebon p. 253

Conseil d'État, 28 février 1947, Compagnie réunionnaise O. Ratineau et Fils, Recueil Lebon p. 83

Conseil d'État, Ass., 18 avril 1947, Jarrigion, Recueil Lebon p. 148, S. 1948.3.33, note Rivero

Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Recueil Lebon p. 289 : Gaz. Pal. 1948.2.7, concl. Letourneur ; S. 1948.3.69, concl. Letourneur ; D. 1948.437, note M. Waline ; JCP 1948.II.4427, note Mestre ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 61

Conseil d'État, 4 février 1949, Muckensturm, Recueil Lebon, tables p. 718.

Conseil d'État, 2 mars 1949, Musati, Recueil Lebon tables p. 721

Conseil d'État, 4 mars 1949, Trèbes S. 1950.III.21

Conseil d'État, 29 avril 1949, Bourdeaux, S. 1950.III.68

Conseil d'État, 13 mai 1949, Diehl, recueil Lebon tables p. 718

Conseil d'État, 8 juillet 1949, Dame veuve Goudoulin, Recueil Lebon p. 336

Conseil d'État, 27 janvier 1950, Billard, Recueil Lebon p. 58

Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, Dame Lamotte, Recueil Lebon p. 111 : R.D.P. 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline

Conseil d'État, 2 juin 1950, Hans, Recueil Lebon p. 336

Conseil d'État, 21 juillet 1950, Pinquet, Recueil Lebon p. 450

Conseil d'État, Sect., 20 octobre 1950, Stein, Recueil Lebon p. 505

Conseil d'État, 20 octobre 1950, Époux Bonapace, Recueil Lebon p. 507

Conseil d'État, 26 janvier 1951, Donin de Rosière, S. 1952.3.9, concl. R. Odent

Conseil d'État, Sect. 9 mars 1951, Hay, Recueil Lebon p. 150

Conseil d'État, 25 avril 1951, Pépin, Recueil Lebon, p. 212

Conseil d'État, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Recueil Lebon p. 362 : D. 1951.589, concl. Gazier, note J.C. ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17^e éd., n°66

Conseil d'État, 2 novembre 1951, Époux Giniès, Recueil Lebon p. 513

Conseil d'État, 29 février 1952, min. de la Santé publique c. Marcelet, Recueil Lebon p. 142

Conseil d'État, 11 juillet 1952, Société Robert Brousse et fils, Recueil Lebon p. 373,

Conseil d'État, 11 février 1953, Société Enduitoit et Sieur Coutellier, Recueil tables p. 633

Conseil d'État, 1er juin 1953, Beloeuvre, n° 17543, Recueil Lebon p. 255

Conseil d'État, 4 décembre 1953, Sarra, Recueil Lebon p. 529

Conseil d'État, 8 janvier 1954, dame Llouquet, R.D.P. 1954.504, note Waline

Conseil d'État, 27 mai 1955, EdF, note L'Huillier, Dalloz 1956.308

Conseil d'État, Sect., 20 janvier 1956, Nègre, Recueil Lebon p. 24 : D. 1957.319. concl. Guionin

Conseil d'État, Sect., 15 juillet 1957, Ville de Royan, Recueil Lebon p. 499

Conseil d'État, Ass., 13 décembre 1957, Sieur Rouleau, Rec. Lebon p. 678

Conseil d'État, 26 février 1958, Compagnie des mines de Falimé-Gambie, Recueil Lebon p. 128

Conseil d'État, Ass., 7 mars 1958, Époux Speter, Recueil Lebon p. 152 : A.J.D.A., 1958.II.178, concl. Long

Conseil d'État, 18 juin 1958, Ville de Decazeville, Recueil Lebon p. 362

Conseil d'État, 2 juillet 1958, Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs de produits laitiers Recueil Lebon p. 407

Conseil d'État, 9 juillet 1958, Sieur Eon, Recueil Lebon p. 427

Conseil d'État, 18 novembre 1959, min. des Aff. écon. c. Grawitz, D. 1960.47, note F.M.

Conseil d'État, Sect., 2 février 1960, Kampmann, Recueil Lebon, p. 107 : AJDA, 1960, p. 46, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert

Conseil d'État, 29 avril 1960, Sieur Lemmou, A.J.D.A., 1961.II.94

Conseil d'État, 29 juin 1960, Min. de l'Éducation nationale c. École de chirurgie dentaire et de stomatologie, Recueil Lebon p. 426

Conseil d'État, 30 septembre 1960, Jauffret, RDP 1961.828

Conseil d'État, Sect., 15 décembre 1961, Min. de l'Éducation nationale c. École spéciale des travaux publics, Rec. Lebon p. 715

Conseil d'État, 10 février 1961, Ville de Béziers, Recueil Lebon p. 113

Conseil d'État, 12 février 1962, Percy du Sert, RDP 1962, p. 1174, note Waline

Conseil d'État, Ass., 30 mars 1962, Bertaux, n° 27449 et 27450, Recueil Lebon p. 237

Conseil d'État, Sect., 4 mai 1962, Lacombe, Recueil Lebon p. 300 : AJ 1962.289, chr. Galabert et Gentot

Conseil d'État, 28 juin 1963, Bapst, Recueil Lebon p. 411 : AJDA, 1963, p. 47, chron. M. Gentot et J. Fourré

Conseil d'État, Sect., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Latour, Recueil Lebon p. 532 : AJ 1964.28, chr. Fourré et Mme Puybasset

Conseil d'État, Sect., 8 novembre 1963, ministre de l'Agriculture c. Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne, Recueil Lebon p. 532 : D. 1964.492, note Maestre ; AJ 1964.28 chr. Fourré et Puybasset

Conseil d'État, Sect. 13 juin 1964, Guégan, Recueil Lebon p. 334

Conseil d'État, 13 juin 1964, D'André, Recueil Lebon p. 329 : RDP 1965, p. 65, note M. Waline

Conseil d'État, Ass., 19 juin 1964, Société des pétroles Shell-Berre et autres, Recueil Lebon 344 ; RD publ. 1964.1019, concl. Questiaux ; AJDA 1964, p. 438 note André de Laubadère

Conseil d'État, 5 février 1965, Sieur Lebas, Recueil Lebon p. 71

Conseil d'État, Ass., Sect., 26 février 1965, Sieur Romani et demoiselle Fraggi, n° 64622, n° 64643

Conseil d'État, Sect., 22 octobre 1965, Société « La Langouste », Recueil Lebon p. 542-543

Conseil d'État, 17 novembre 1965, Agrelli, Recueil Lebon p. 621

Conseil d'État, 16 janvier 1966, Demoiselle de Waligorski et a., Recueil Lebon, p. 40.

Conseil d'État, 1er mars 1967, Établissement Petitjean, Recueil Lebon p. 97

Conseil d'État, Sect., 15 déc. 1967, ministre du Travail c. Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde et autres, Recueil Lebon p. 496

Conseil d'État, 6 décembre 1968, ministre des Armées c. Ruffin, n° 74.284, Recueil Lebon p. 626

Conseil d'État, 29 avril 1970, Société Unipain, Recueil Lebon p. 280 : AJ 1970.340, concl. Braibant ; RD publ. 1970.423, note M. Waline

Conseil d'État, Sect., 8 mai 1970, Société Nobel-Bozel, Rec. Lebon p. 313

Conseil d'État, 23 octobre 1970, Clot, Recueil Lebon p. 617

Conseil d'État, Ass., 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Recueil Lebon p. 704 ; D. 1971, p. 344, note B. Pacteau ; JCP 1971, n° 16757, note F. Moderne, RDP 1971, p. 987, concl. M. Gentot.

Conseil d'État, 5 mai 1971, Ville de Carpentras, AJDA, 1971, p. 403

Conseil d'État, 29 janvier 1971, Émery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe, Recueil Lebon p. 80

Conseil d'État, 3 mai 1972, Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et sieur Nething, Recueil Lebon p. 329

Conseil d'État, Sect., 26 janvier 1973, Ville de Paris c. Driancourt, Recueil Lebon p. 78

Conseil d'État, 6 avril 1973, Mourot, Lebon p. 285, n° 88516

Conseil d'État, Sect., 25 juillet 1975, ministre de l'Équipement c. Sieur Richoux, Recueil Lebon p. 429 : R.D.P. 1976, pp. 355-365, note J.-M. Auby

Conseil d'État, 16 avril 1975, Association La Comédie de Bourges, Recueil Lebon p. 231.

Conseil d'État, 19 novembre 1975, ministre de l'Équipement c. Eblinger, Recueil Lebon, tables p. 1257

Conseil d'État, Assemblée générale, 6 mai 1976, avis n° 317.341

Conseil d'État, Sect., 9 juin 1978, Lebon, Recueil Lebon p. 245

Conseil d'État, 11 mai 1979, Roy et autres, Recueil Lebon p. 209

Conseil d'État, Sect., 3 octobre 1980, Fédération Française des Professionnels Immobiliers et Commerciaux Chambre régionale de la 19^e région Est et autre, n° 12955, Recueil Lebon, p. 348

Conseil d'État, Ass., 4 février 1981, Société varoise des transports, A.J.D.A. 1981 p. 599, concl. A. Bacquet

Conseil d'État, Ass., 29 mai 1981, Rekhoul, Recueil Lebon p. 220

Conseil d'État, Ass., 10 juillet 1981, Retail, Recueil Lebon, p. 303

Conseil d'État, 21 avril 1982, Mme Daunes et autres, Recueil Lebon, tables p. 745

Conseil d'État, 2 mars 1983, n° 26020, RJF 5/83 n° 626

Conseil d'État, 18 mai 1984, Crédit commercial, Recueil Lebon p. 480

Conseil d'État, 11 juillet 1984, n° 36866, RJF 10/84 n° 1249 ; D. adm. 13 O n° 30, 30 avril 1996

Conseil d'État, 11 juillet 1984, n° 21851, RJF 10/84 n° 1250

Conseil d'État, 16 novembre 1984, Woetglin, Recueil Lebon, p. 373.

Conseil d'État, 22 juin 1984, Société Pierre et Cristal, Recueil Lebon tables p. 206 ;

Conseil d'État, 23 avril 1985, Cne du Petit-Quevilly, AJDA 1985.II.383

Conseil d'État, 17 octobre 1986, ministre des PTT c. Erhardt, Recueil Lebon p. 240 ; AJ 1986.694, chr. Azibert et de Boisdeffre ; RA 1986.569, note Terneyre

Conseil d'État, 29 mai 1987, Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c. Guérinel, n° 58630

Conseil d'État, 1er juillet 1987, n° 54222, Marcantetti : RJF 1987.10.542 et 505, concl. Fouquet ; C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 5e éd., 2009, n° 51

Conseil d'État, 13 novembre 1987, Ministre de l'Économie des Finances et du Budget c. M. Roland X, n° 58002 (inédit)

Conseil d'État, 14 juin 1989, Sté Soritel, n° 95031 : Recueil Dalloz 1990 p. 291, note T. Hassler

Conseil d'État, Sect., 17 juin 1988, M. Bernard Labrosse, n° 81815

Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Recueil Lebon p. 190, concl. Frydman : concl. Frydman, JCP 1989.II.21371, RFDA 1989.812, RTDE. 1989.771, RGDIP 1989.1041, Rev. crit. DIP 1990.125 ; RUDH 1989.262 ; Gaz. Pal. 12-14 nov. 1989, obs. Chabanol ; RJF 1989.656, note ; AJ 1989, chr. Honorat et Baptiste, 756, et note Simon, 788 ; RFDA 1989.824, note Genevois, 993, note Favoreu, 1000, note Dubouis ; RFDA 1990.267 obs. Ruzié ; LPA 15 nov. 1989, note Gruber, 11 déc. 1989, comm. Lebreton, 7 févr. 1990, Comm. Flauss ; JCP 1990.I.3429, Comm. Calvet ; Vie jud. 29 janv.-4 févr. 1990, comm. Foyer ; RTDE 1989.787, note Isaac ; D. 1990, chr. Kovar, 57, et note Sabourin, J. 135 ; JDI, 1990.5. chr. Dehaussy ; RGDIP 1990.91, note J. Boulouis, Rev. crit. DIP 1990.139, note Lagarde ; Rev. Marché commun, 1990.384, note Lachaume ; RD publ. 1990.801, note Touchard ; AFDI 1989.91, comm. Rambaud.

Conseil d'État, 3 novembre 1989, Blanquie, n° 88408

Conseil d'État, 2 avril 1990, Barreau, n° 86084, RJF 5/90 n° 609

Conseil d'État, 11 mai 1990, Karsenty, n° 67409, RJF 7/90 n° 904

Conseil d'État, Sect., 6 juillet 1990, n° 62716, 77723 et 84309, Compagnie diamantaire d'Anvers et Delcourt : Lebon 1990, p. 206 : AJDA 1990, p. 907, obs. L. Richer ; RFDA 1991. 293, note F. Llorens.

Conseil d'État, Sect., 25 janvier 1991, n° 103143, Confédération nationale des associations familiales catholiques, Recueil Lebon p. 30, AJDA 1991. 362, chron. Schwartz et Maugué, RD publ. 1991.525, note Auby, RFDA 1991. 285, concl. Stirn

Conseil d'État, Ass., 1er mars 1991, Le Cun, Recueil Lebon p. 70 : AJDA 1991, p. 358, chron. C. Maugué et R. Schwartz, RFDA 1991, p. 613, concl. M. de Saint Pulgent

Conseil d'État, 13 février 1991, Sté Île-de-France Média, n° 98809

Conseil d'État, 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, n° 107365, Recueil Lebon p. 232 : RFDA 1992 p. 1016, note J.-L. Autin

Conseil d'État, 5 février 1992, Mérat-Renard, Recueil Lebon p. 117

Conseil d'État, avis, 27 mai 1993, EDCE 1993, n° 45, p. 342

Conseil d'État, 1er octobre 1993, SARL Jack Matic, n° 129921, RJF 11/93 n° 1482

Conseil d'État, Sect., 25 février 1994, Ministre délégué à la santé, n° 129305, inédit

Conseil d'État, 11 mars 1994, Société La Cinq, n° 115052, Recueil Lebon p. 117 : AJDA, 1994, p. 370, chron. C. Maugué, L. Touvet

Conseil d'État, 30 novembre 1994, M. Bonnet, n° 136539.

Conseil d'État, 13 janvier 1995, Société Télévision Française 1, n° 138691 : AJDA, 1995, pp. 406-410, concl. H. Toutée

Conseil d'État, avis, Sect., 31 mars 1995, SARL Auto-Industrie Méric, Recueil Lebon p. 154 : AJDA 1995, p. 739, note Muriel Dreifuss ; RFDA 1995, p. 1185, note Henri labayle et Frédéric Sudre

Conseil d'État, 12 avril 1995, Société P.M.E. Assurances, n° 143797 et 143798 : Semaine juridique JCP G — édition générale 1995 28 IV 1708 218, note M.-C. Rouault

Conseil d'État, 7 juin 1995, Caisse régionale de Crédit Agricole de la Dordogne, n° 148659, AJDA 1996 p. 162

Conseil d'État, Section, 10 juillet 1995, Société Télévision Française 1, n° 141726 : AJDA, 1995, pp. 637-643, concl. H. Toutée

Conseil d'État, 22 novembre 1995, ministre de l'Intérieur, n° 131226 (inédit)

Conseil d'État, 21 février 1996, Mutuelle antillaise d'assurances, n° 171138, 172053, Revue générale du droit des assurances, 1er juillet 1996, n° 1996-3, p. 583, AJDA 1996 p. 322, concl. D. Piveteau.

Conseil d'État, 28 février 1996, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. M. Baudry, n° 150878

Conseil d'État, Sect. 22 mars 1996, Société NRJ SA, n° 131861, RFD adm. 1997, p. 2 ; AJDA 1996 p. 471

Conseil d'État, avis, sect., 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611, J.O.R.F. du 2 mai 1996, p. 6635 : DF 1996, n° 25, comm. 765, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF mai 1996, n° 607 et chron. S. Austry, p. 311 ; RFDA 1997 p. 843, comm. J. Petit

Conseil d'État, 20 mai 1996, Société Vortex, n° 167694, Recueil Lebon p. 189, AJDA 1996, p. 711 : RFDA, 1997, p. 1, note F. Moderne

Conseil d'État, 21 juin 1996, Commune de Buchères c. M. Collery, n° 140775

Conseil d'État, 4 octobre 1996, Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, n° 168131, Recueil Lebon p. 381

Conseil d'État, 9 octobre 1996, Association « Ici et maintenant », n° 173073, Recueil Lebon p. 401

Conseil d'État, 11 décembre 1996, Société Radio Nostalgie, n° 163553

Conseil d'État, 11 décembre 1996, Société Communication du Centre, n° 130674, Recueil Lebon table, p. 688

Conseil d'État, 15 janvier 1997, Sté Serc Fun Radio, n° 155049, Recueil Lebon tables p. 1058 : Revue de droit immobilier 1997 p. 220, comm. J.-B. Auby, C. Maugüé

Conseil d'État, 15 janvier 1997, Association Radio-Sud-Vendée-Pictons, n° 177989, Recueil Lebon, p. 20, JurisData n° 1997-050006 ; Recueil Dalloz 1997 p. 113 : JCP G 1997, IV, 1301, obs. M.-Ch. Rouault

Conseil d'État, 23 avril 1997, Société Serc Fun Radio, n° 162688, inédit

Conseil d'État, 23 avril 1997, Société France 2, n° 162797, Recueil Lebon tables p. 1059.

Conseil d'État, 23 mai 1997, Société Amérique Europe Asie, n° 176924, Recueil Lebon p. 196, concl. de M. Piveteau

Conseil d'État, 23 avril 1997, Société France 2, n° 162797, Recueil Lebon tables p. 1059

Conseil d'État, 23 avril 1997, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, n° 131688, Recueil Lebon p. 163

Conseil d'État, 23 avril 1997, Société Serc Fun Radio, n° 162688, inédit

Conseil d'État, 6 avril 1998, Union syndicale de la production audiovisuelle, n° 173291 (inédit), A.J.D.A., 1998. p. 729, concl. D. Chauvaux

Conseil d'État, Ass., 8 avril 1998, société Serc Fun Radio, n° 161411, Recueil Lebon p. 138, concl. Hubac, RFDA 1999. 194, concl. Hubac

Conseil d'État, 4 mai 1998, Sté de Bourse Patrice Wargny, n° 164294

Conseil d'État, 18 mai 1998, Société M6, n° 178765

Conseil d'État, avis, 8 juillet 1998, Fattell, n° 195664, Recueil Lebon tables p. 849, RJF 8-9/1998, n° 970, p. 637, concl. J. Arrighi de Casanova

Conseil d'État, 25 novembre 1998, Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion, n° 168125, Recueil Lebon tables, p. 1155

Conseil d'État, 4 avril 1999, GIE Oddo-Futures, n° 182421

Conseil d'État, Sect., 9 avril 1999, The Coca-Cola Compagny, n° 201853, Lebon. 119, AJDA 1999 p. 611, note M. Bazex et B. Thiry ; D. 2000. Jur. 157, note A. Troianiello ; RTD Com. 1999 p. 855 note G. Orsoni ; RFDA 1999. 777, concl. J.-H. Stahl

Conseil d'État, 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkeddach, n° 180277, D. 1999, IR p. 174

Conseil d'État, 7 juillet 1999, Front National, n° 198357, Recueil Lebon p. 245

Conseil d'État, Sect., 28 juillet 1999, GIE Mumm-Perrier-Jouet, n° 188973, Recueil Lebon p. 257, concl. J.-C. Bonichot

Conseil d'État, 4 octobre 1999, Groupement agricole d'exploitation en commun Bailly, n° 197190

Conseil d'État, 27 octobre 1999, Fédération française de football, JCP 2000, n° 10376, note Piastra

Conseil d'État, Ass., 3 décembre 1999, Didier, Recueil Lebon p. 399 : RFDA 2000.584, concl. Seban ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre ; RD publ. 2000.349, note Guettier ; RA 2000.43, note Brière ; RTD com. 2000.405, note N.R.

Conseil d'État, Sect., 3 décembre 1999, Leriche, n° 195512 : Dr. soc. 2000.194, concl. Schwartz ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre

Conseil d'État, 3 décembre 1999, Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf, n° 197060 et 197061, Recueil Lebon p. 397 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 104 ; RFDA 2000.574, concl. Combrexelle ; AJ 2000.126, chr. Guyomar et Collin ; JCP 2000.II.10267, note Sudre

Conseil d'État, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, n° 195715, Recueil Lebon p. 83, concl. Seban ; AJDA 2000, p. 404, chron. Guyomar et Collin ; RFDA 2000, p. 435, concl. Seban

Conseil d'État, 19 avril 2000, Commune de la Bresse, n° 157920 (inédit)

Conseil d'État, 16 juin 2000, France Télécom, n° 202835 (inédit au Lebon) : Conclusions du 17 mai 2000 de Frank Martin Laprade (non publiées).

Conseil d'État, 28 juillet 2000, n° 199773, Sté Copper Communication, n° 199773, Juris-Data n° 2000-061072

Conseil d'État, 4 septembre 2000, Mme Gomez, n° 215434

Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Recueil Lebon p. 433, concl. Lamy ; JCP 2001.II.10459, concl. Lamy ; AJ 2000.101, chr. Guyomar et Collin, et 1071, note Subra de Bieusses ; D. 2001.2665, note Louvaris ; RD publ. 2001.407, note Guettier

Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208, Recueil Lebon p. 492, JurisData n° 2000-061174 : RFDA 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; CJEG 2001, p. 58, note M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; AJDA 2000, p. 987, chron. Guyomar et Collin ; JCP G 2001, I, p. 357, note E. Delatour ; CMP 2001, n° 2, p. 4, comm. Eckert ; CTI janv. 2001, comm. Célérier ; DA 2001, n° 4, chr. Laidié

Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697, Recueil Lebon p. 537, JurisData n° 2000-061571 : Semaine juridique JCP E — édition Entreprise et affaires, 2001, 20 jurisprudence 1609, note A. Rey Grobellet ; Recueil Dalloz 2001, AJ, 237, obs. M. Boizard et A. Reygrobellet ; M. Guyomar, P. Collin, « Conditions d'application du principe de la personnalité des peines aux sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers », AJDA 2000 p. 997 ; J.-F. Barbiéri, Les petites affiches, 27 avr. 2001, n° 84, p. 15 ; C.J.E.G., 2001, n° 573, pp 68-78, concl. A. Seban.

Conseil d'État, 8 décembre 2000, Mongauze, n° 198372 : JCP G 2001, II, 10556, concl. D. Chauvaux

Conseil d'État, Sect., ord., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, Recueil Lebon, p. 29, concl. L. Touvet, p. 20, RFDA 2001.378, concl. Touvet, AJDA 2001.152, chron. M. Guyomar et P. Collin.

Conseil d'État, ord., 24 février 2001, Tiberi, n° 230611, Recueil Lebon, p. 85.

Conseil d'État, Sect., 28 février 2001, Philippart et Lesage, n° 230112 et 230520, Recueil Lebon, p. 111, RFDA, 2001, p. 390, concl. D. Chauvaux

Conseil d'État, 14 mars 2001, Association des jeunes téléspectateurs, n° 216156, inédit.

Conseil d'État, 19 mars 2001, Syndicat national des industriels et professionnels de l'aviation générale, n° 202349, Recueil Lebon p. 138.

Conseil d'État, Ass., 6 avril 2001, S.A. Entreprise Razel Frères, n° 206764 et 206767, Recueil Lebon p. 176 : RFDA 2001 p. 1299, concl. A. Seban ; AJDA 2001. 453, chron. M. Guyomar et P. Collin

Conseil d'État, 22 juin 2001, Société Athis, n° 193392, AJDA 2001 p. 638 ; AJDA 2001 p. 634, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2002. 1666, obs. S. Thomasset-Pierre ; RFDA 2002. 509, concl. F. Lamy ; Rev. science crim. 2002. 612, obs. J. Riffault-Silk ; RTD com. 2002. 132, obs. N. Rontchevsky ; RD bancaire et financier 2001, n° 208, obs. M.-A. Frison-Roche, M. Germain, J.-C. Marin et Ch. Pénichon ; Banque et droit, nov.-déc. 2001, p. 27, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre

Conseil d'État, ord., 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, req. n° 239840, Dr. adm. 2002, p. 35, note Martine Lombard

Conseil d'État, Ass., 30 novembre 2001, ministre de l'Économie et des Finances c. Kechichian, n° 219562, Recueil Lebon p. 537, Juris-Data n° 2001-063085, CJEG 2002, p. 380, concl. Seban, Dr. adm. 2002, comm. n° 58, AJDA 2002, p. 133, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFD adm. 2002. 742, concl. Seban, note F. Moderne.

Conseil d'État, ord., 3 décembre 2001, Société Saprodif Méditerranée FM, n° 239762, Recueil Lebon, p. 626.

Conseil d'État, 5 décembre 2001, Sté CAPMA-CAPMI, n° 203591

Conseil d'État, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, n° 222719 : AJDA 2002 p. 127, chron. M. Guyomar, P. Collin

Conseil d'État, 18 février 2002, Groupe Norbert Dentressangle, n° 214179, Recueil Lebon, table, p. 918, Juris-Data n° 2002-064092 : RFDA 2002 p. 754, obs. F. Moderne

Conseil d'État, 8 mars 2002, S.A.R.L. Clinique médicale de Mazargues, Recueil Lebon, p. 87, RJF 6/02 n° 671, BDCF n° 82, concl. G. Goulard

Conseil d'État, avis, 12 avril 2002, SA Financière Labeyrie, n° 239693, Recueil Lebon p. 137, AJDA 2002. 382, RJF 2002, n° 673, obs. L. Olléon

Conseil d'État, 29 mai 2002, Vaillant, n° 222279 : AJDA 2002, p. 1242, concl. D. Chauvaux

Conseil d'État, 12 juin 2002, Caisse de décès « Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine », n° 240741, Recueil Lebon Tables p. 593

Conseil d'État, 29 juillet 2002, Association Radio Deux couleurs, n° 221302 : AJDA 2003, p. 475, étude J.-P. Thiellay ; Légipresse, n° 199, mars 2003, p. 30, concl. D. Chauvaux.

Conseil d'État, 14 octobre 2002, Berthelot, n° 219631

Conseil d'État, 28 octobre 2002, Laurent, Recueil Lebon p. 361, Juris-Data n° 2002-064583 : AJDA 2002, p. 1492, note D. Costa ; RD publ. 2002.1607, note Prétot

Conseil d'État, Sect., 6 décembre 2002, Aïn Lhout, n° 221319, Recueil Lebon p. 430 : AJDA 2003. 492, chron. Donnat et Casas

Conseil d'État, Ass., 6 décembre 2002, Trognon n° 240028, Recueil Lebon p. 426 : RFDA 2003, p. 694, concl. P. Fombeur ; AJDA 2003. 492, chron. F. Donnat et F. Casas

Conseil d'État, 30 décembre 2002, ministre de l'Intérieur c. Sté Air France, n° 227834, inédit

Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de Rimonteil de Lombares, Recueil Lebon p. 490

Conseil d'État, 30 décembre 2002, Mme de Rimonteil de Lombares, Recueil Lebon p. 490.

Conseil d'État, 24 février 2003, M. Perrin, SARL Deltana, n° 227945, Recueil Lebon p. 49

Conseil d'État, 19 mars 2003, M. Jean-Marc X., n° 191271, AJDA 2003 p. 1623, Recueil Dalloz 2003 p. 1264

Conseil d'État, 19 mars 2003, Monsieur Hannoun, n° 240718 : Droit des sociétés, 2003 pp. 29-30, note T. Bonneau ; Petites affiches, 23 avril 2003 n° 81, p. 5, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, 19 mars 2003, Société Canal Plus, n° 234487, Recueil Lebon table, p. 979

Conseil d'État, 19 mars 2003, Société Métropole Télévision M6, n° 204515

Conseil d'État, ord., 27 mars 2003, C.S.A. c. Société Métropole Télévision [M6], n° 254736, Recueil Lebon p. 153 : Gazette du Palais, 22 janvier 2004 n° 22, p. 33, note P. Noguier, J.-P. Frédéric

Conseil d'État, ord., 27 mars 2003, C.S.A. c. Société TF1, n° 254737, inédit : J.-P. Thiellay, « Le Conseil d'État valide la démarche du CSA pour la mise en place de la télévision numérique terrestre », AJDA 2003 p. 1454

Conseil d'État, 23 avril 2003, France Télécom, n° 233063

Conseil d'État, 30 juillet 2003, Société Dubus S.A., n° 240884, Recueil Lebon T. p. 671 : Petites affiches, 20 février 2004 n° 37, p. 3, concl. M. Guyomar ; AJDA 2004. 26, note A. Laget-Annamayer

Conseil d'État, 30 juillet 2003, Mme Kalfon, n° 210344, Recueil Lebon, tables, p. 983.

Conseil d'État, 21 novembre 2003, Société Canal 9, n° 249376, inédit

Conseil d'État, 3 décembre 2003, Pharmacie du soleil, n° 246315 : Revue de droit sanitaire et social, 2004, n° 2, pp. 414-425, note X. Prétot, C. Durand

Conseil d'État, 3 décembre 2003, Banque SBA, n° 244084 (inédit)

Conseil d'État, 3 décembre 2003, M. Jean X., n° 246134

Conseil d'État, 12 janvier 2004, Banque de gestion privée Indosuez, n° 245750 (inédit)

Conseil d'État, 11 février 2004, Société Medya TV, n° 249175, AJDA 2004 p. 1203

Conseil d'État, 31 mars 2004, Sté Etna Finance, n° 243579, Recueil Lebon tables p. 693, Juris-Data n° 2004-066993 : D. 2005. 2601, obs. Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre ; LPA 2005, n° 150, p. 14, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, 10 mai 2004, Crédit du Nord, n° 241587, Recueil Lebon tables p. 593 et 692, Juris-Data n° 2004-066797

Conseil d'État, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Recueil Lebon p. 277 ; BJCL 2004.699 et CJEG 2004.487, concl. Collin ; AJ 2004.2210, note Nicinski ; AJ 2004.2309, chr. Charbit ; DA 2004.161, note Bazex et Blazy ; JCP Adm. 2004.1712, note Rouault

Conseil d'État, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'Intérieur c. Benkerrou, n° 255136, Recueil Lebon p. 297 : RFDA, 2004, pp. 913-921 concl. M. Guyomar ; RFDA, 2004, pp. 1130-1136, note M. Degoffe, A. Haquet ; AJDA, 2004, p. 1695, comm. C. Landais, F. Lenica ; Droit administratif, nov. 2004, pp. 27-29, note E. Breen ; L.P.A., n° 226-227, 11-12 nov. 2004, p. 13 note A. Saillard ; C.J.E.G., n° 615, déc. 2004, pp. 545-549 ; Revue du droit public, 2005, n° 2, pp. 500-506, note C. Guettier ; JCP G, 2004, n° 49, I, 185, p. 2196, note A. Ondoua (sous la dir. de C. Boiteau)

Conseil d'État, 7 juillet 2004, Legris, n° 225937, Recueil Lebon p. 312 : RTD com. 2005. 58, obs. G. Orsini ; Droit administratif 2004, n° 11, p. 50, note M. Lombard.

Conseil d'État, 28 juillet 2004, M. Fathy Mechri, n° 262851 : AJDA 2004 p. 2228, concl. F. Donnat

Conseil d'État, ord., 20 août 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Eutelsat, n° 269813, Recueil Lebon p. 357 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 25 novembre 2004, I 182, n° 8, note B. Beignier et S. Regourd

Conseil d'État, 17 novembre 2004, M. Armand X., n° 261349 : Recueil Dalloz 2005, n° 37, pp. 2601-2611, chron. Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre

Conseil d'État, ord., 13 décembre 2004, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Eutelsat, n° 274757, Recueil Lebon p. 456 : Droit Administratif n° 3, Mars 2005, comm. 43, note M. Lombard ; La Semaine Juridique Edition Générale n° 7, 16 Février 2005, II 10021, note E. Derieux ; AJDA, 2005, n° 4, pp. 206-211, note Y. Gounin ; Petites affiches, 4 avril 2005 n° 66, p. 3, note J.-M. Cotteret

Conseil d'État, 4 février 2005, Société GSD Gestion, n° 269001 : Droit des sociétés, n° 11, pp. 35-36, note T. Bonneau ; Bulletin Joly Bourse, n° 3, pp. 227-238, note N. Decoopman ; Les Petites Affiches, n° 82, pp. 5-13, concl. M. Guyomar ; RTDcom 2005, n° 2, pp. 384-389, note N. Rontchevsky ; RFDA 2005, n° 2, pp. 444-446, note P. Terneyre

Conseil d'État, 25 février 2005, France Télécom, n° 247866 : Revue Lamy de la concurrence, 2005, n° 3, p. 112, note A. Claeys ; AJDA 2005. 997, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave ; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng : R.D.P. 2005, pp. 1643-1679, note P. Idoux ; R.J.E.P., 2005, pp. 355-365, note J.-H. Stahl ; JCP A, 2005, p. 1101-1107, note E. Breen ; JCP A, 2005, pp. 632-635, note E. Saulnier-Cassia ; Droit administratif 2005, pp. 26-29, note S. Blazy, M. Bazex ; R.F.D.A., 2005, pp. 446-448, note P. Terneyre

Conseil d'État, 28 avril 2005, Karsenty, Droit administratif, 2005, n° 105, note M. Lombard

Conseil d'État, ord., 12 mai 2005, M. Zerbib, n° 279011

Conseil d'État, ord., 12 mai 2005, Mme El Hage, n° 279010

Conseil d'État, 18 mai 2005, M. Bessis, n° 263727

Conseil d'État, 27 juin 2005, SARL Saprodif Méditerranée FM, n° 258402

Conseil d'État, 27 juillet 2005, M. Balkany, n° 261819 : AJDA 2005 p. 2016, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, ord., 23 août 2005, Association Française des Opérateurs de Réseaux et Services de Télécommunications (AFORS Télécom), n° 283266 : Revue Lamy de la concurrence, 2005, n° 5, pp. 99-100, note A. Claeys.

Conseil d'État, Assemblée générale, Avis, 8 septembre 2005, n°371558, in Rapport public 2006, E.D.C.E. n° 57, p. 211

Conseil d'État, 2 novembre 2005, M., n° 270826, inédit

Conseil d'État, 2 novembre 2005, Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202 : Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006 n° 1, p. 62, concl. M. Guyomar ; RTDcom 2006 pp. 160-164, note N. Rontchevsky

Conseil d'État, 6 janvier 2006, Société Lebanese Communication Group c. Conseil supérieur de l'audiovisuel, n° 279596 : RFDA, 2006, n° 2, pp. 429-433, note P. Terneyre

Conseil d'État, 16 janvier 2006, société Eurotrading Capital Market, n° 270083 (inédit)

Conseil d'État, 6 février 2006, Mme Lasserre, n° 262312, Recueil Lebon tables p. 730 : RDBF 2006, n° 6, pp. 69-70, note N. Peterka

Conseil d'État, 15 mars 2006, Zerbib, n° 276370, Recueil Lebon, tables p. 741 : RTD com. 2006. 629, note N. Rontchevsky ; Droit des sociétés, 2006, n° 10, pp. 25-26

Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Olivier A, n° 276375 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. Rontchevsky.

Conseil d'État, 15 mars 2006, M. Laurent A., n° 276370 : RTD Com. 2006 p. 629, note N. Rontchevsky

Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n° 288460 : RFDA 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, BJCP 2006, n° 46, p. 173, concl. Y. Aguila et obs. P. Terneyre, AJDA 2006, p. 1028, note C. Landais et F. Lenica

Conseil d'État, 24 mars 2006, n° 257330, SA Martell & Co, La Semaine Juridique Édition Générale n° 50, 12 décembre 2007, II 10206, note B. Belda

Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Recueil Lebon p. 272, AJDA 2006. 1584, chron. Landais et Lenica, Contrats Marchés publ. 2006, no 202, note Eckert, JCP Adm. 2006. 113, note Linditch, RFDA 2006. 1048, concl. Casas, Droit Administratif n° 8, août 2006, comm. 129, note M. Bazex.

Conseil d'État, 9 juin 2006, Association des usagers des médias d'Europe, n° 267898, inédit

Conseil d'État, ord., 19 juillet 2006, Conseil supérieur de l'audiovisuel c. Société Saprodif, n° 294663.

Conseil d'État, 30 août 2006, Association Free Dom, n° 276866, inédit, AJDA, 2006, p. 1581 : RTD civ. 2006. 736, obs. J. Hauser

Conseil d'État, 27 septembre 2006, Association Fréquence Mistral c. CSA, n° 274150 : Gazette du Palais, 19 juillet 2007, n° 200, p. 30, note A. Stutzmann, M. Soulez

Conseil d'État, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454 : RTD Com, 2007. 406, note N. Rontchevsky ; D. 2006. AJ 2792 ; D. 2007. Pan. 2418, spéc. 2425, obs. B. Le Bars et S. Thomasset-Pierre ; AJDA 2007. 80, note M. Collet ; RTDF 2007/1, p. 117, obs. N. Rontchevsky ; RD banc. fin. mars-avr. 2007, n° 86, p. 42, note D. Bompont ; Banque et Droit janv.-févr. 2007, n° 111, p. 32, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-

Mars et J.-P. Bornet ; LPA 28 nov. 2006, n° 237, p. 18, note J.-M. Glatt ; *ibid.* 20 déc. 2006, p. 4 ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 80, § 6, concl. M. Guyomar ; Dr. sociétés 2007. Comm. 55, note Th. Bonneau ; JCP E 2007. 1218, p. 15, obs. B. Dondero ; G. Dolidon, RLDA janv. 2007, n° 12, p. 31. J.-P. Relmy, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », RTD Com. 2010 p. 29

Conseil d'État, Sect., 17 novembre 2006, Société CNP Assurances, Recueil Lebon 473

Conseil d'État, 24 janvier 2007, Association Parti libéral modéré, n° 284060, inédit

Conseil d'État, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Recueil Lebon p. 20 : RJEP 2007.265, concl. N. Boulouis ; AJ 2007.744, note Nicinski

Conseil d'État, 31 janvier 2007, Compagnie Corsair Internationale SA, Recueil Dalloz 2007 p. 757, concl. I. de Silva

Conseil d'État, 30 mars 2007, Société ENEL, n° 289687.

Conseil d'État, 30 mai 2007, Société Europe Finance et Industrie, n° 293408, Bulletin Joly Bourse, 1 mai 2007 n° 3, p. 371, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, 22 juin 2007, M. Patrick A., n° 272650 : Droit administratif, 2007, n° 10, pp. 39-41, note F. Melleray ; Procédures, 2007, n° 8, pp. 81-82, note S. Deygas

Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735, Recueil Lebon p. 386 : RFDA 2007 p. 1211, concl. M. Guyomar ; Droit administratif, 2007 pp. 28-31, note M. Bazex et S. Blazy

Conseil d'État, 26 juillet 2007, Global equities et autres c. AMF, n° 293908 : M. Collet, « Autorités de régulation et procès équitable », AJDA 2007 p. 80 ; Bulletin Joly Bourse, 1 septembre 2007 n° 5, p. 645, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, 30 novembre 2007, Société Sideme, n° 292705 ; Dr. fisc. 2008, n° 7, comm. 184, concl. L. Olléon ; E. Van Brustem, « L'article 6, § 1er de la CESDH et le contentieux fiscal : une exclusion fondée sur une spécificité (de plus en plus) discutable », Dr. fisc., 2008, n° 46, ét. 956

Conseil d'État, avis cont., 29 octobre 2007, Société Sportive Professionnelle « LOSC Lille Métropole », n° 307736, Recueil Lebon p. 431 : D. 2008. 1381, note Maisonneuve ; AJDA 2008. 919, note J.-M. Duval ; Gaz. Pal. 2008. 1, p. 263, concl. Prada Bordenave, et Somm. p. 544, note Forti

Conseil d'État, 9 novembre 2007, Société Bourse direct SA, n° 298911, Bulletin Joly Bourse, 1 février 2008 n° 1, p. 42, concl. M. Guyomar.

Conseil d'État, 16 novembre 2007, Compagnie aérienne Iberia Lineas Aereas de España c. Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, n° 289185, AJDA 2008 p. 58 ; Revue de droit des transports, 2008, n° 3, p. 38, note L. Grard

Conseil d'État, Sect., 30 novembre 2007, M. Michel K., n° 293952, AJDA 2007. 2285 : Revue juridique de l'économie publique n° 651, mars 2008, comm. 11, M. Collet ; RFDA 2008 p. 521, concl. L. Olléon ; RTD Com. 2008 p. 275, note G. Orsoni ; Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2008 n° 2008-1, p. 235, note J. Moreau ; Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 2008, n° 2, p. 607, note C. Guettier ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 14, 2 avril 2008, I 132, n° 2, note B. Plessix ; Concurrences, N° 1-2008, n°15401, p. 203, note B. du Marais, P. Houédanou

Conseil d'État, 16 janvier 2008, M. Haberer, n° 292790, AJDA 2008 p. 1000, note M. Collet

Conseil d'État, 30 janvier 2008, Société laboratoires Mayoly Spindler, n° 297828 : Revue de droit sanitaire et social 2008 p. 307, concl. A. Courrèges

Conseil d'État, 30 janvier 2008, Association Orientation et Rééducation des Enfants et Adolescents de la Gironde, n° 274556

Conseil d'État, 26 mai 2008, société Norelec, n° 288583 : Revue de droit fiscal, 2008, n° 28, pp. 34-40, comm. 181, J.-L. Pierre, comm. 411, concl. F. Seners

Conseil d'État, Sect., 6 juin 2008, Société Tradition Securities and Futures, n° 299203, Recueil Lebon p. 189 : concl. M. Guyomar, « La responsabilité des prestataires de services d'investissement (l'imputabilité des fautes commises par leurs agents) », RFDA 2008 p. 699 ; É. Geffray, B. Bourgeois-Machureau, « De la présomption simple de responsabilité du fait des préposés en matière financière », AJDA 2008 p. 1321 ; Revue de Droit bancaire et financier n° 5, septembre 2008, comm. 154, comm. A.-C. Muller ; C. Benoît-Renaudin, « La répression financière des dirigeants et préposés », Bulletin Joly Bourse, 1er octobre 2011 n° 10, p. 556, n° 269

Conseil d'État, 27 juin 2008, M. Melki, n° 301342, Recueil Lebon p. 248, concl. L. Olléon, Droit fiscal 2008, p. 501

Conseil d'État, Sect., 18 juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 300304, AJDA 2008. 1812, chron. É. Geffray et S.-J. Liéber

Conseil d'État, ord., 5 septembre 2008, Sté DirectAnnonces, n° 319071

Conseil d'État, ord., 24 octobre 2008, M. Beslay, n° 321057

Conseil d'État, 17 décembre 2008, Société Oddo & Cie, n° 316000, Recueil Lebon, p. 458, JurisData n° 2008-074658 : Revue de Droit bancaire et financier n° 2, mars 2009, comm. 75, Comm. D. Bompont ; Revue des sociétés, 2009, n° 2, pp. 397-404, note C. Arsouze ; Bulletin Joly Bourse, 2009, n° 2, pp. 134-140, note Y. Paclot

Conseil d'État, 19 janvier 2009, Société Saint Martin Câble TV FWI, n° 301148, Recueil Lebon Tables p. 677 : Gazette du Palais, 23 avril 2009, n° 113, p. 36, note F. Forster

Conseil d'État, 16 février 2009, Société Atom, n° 274000 : S.-J. Liéber, D. Botteghi, « L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlerait-elle encore ? », AJDA 2009 p. 583 ; RFDA 2009 p. 259, concl. C. Legras ; Revue juridique de l'économie publique n° 665, juin 2009, comm. 30, note F. Melleray ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 20, 13 mai 2009, II 10087, note K. Grabarczyk ; AJ pénal 2009, p. 189, obs. E. Péchillon, RFDA, 2009, p. 259, concl. C. Legras, Constitutions 2010, p. 115, obs. O. Le Bot

Conseil d'État, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737, RFD adm. 2009, p. 449, concl. É. Geffray, AJDA 2009, p. 1090, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi, AJDA 2009, p. 1747, chr. S. Nicinski.

Conseil d'État, 27 avril 2009, Bouygues Télécom, n° 312741 : RJEP 2009, comm. 34, concl. F. Lenica.

Conseil d'État, 23 avril 2009, Compagnie Blue Line, n° 314918, Recueil Lebon tables p. 744

Conseil d'État, 19 juin 2009, Société 118218 Le Numéro, n° 310452 et 310454

Conseil d'État, ord., 1er juillet 2009, Sté Edelweiss Gestion, n° 327981

Conseil d'État, 12 octobre 2009, M. P. c. Société K., n° 31164 : Petites affiches, 05 mai 2010, n° 89, p. 6, concl. M. Guyomar

Conseil d'État, 21 octobre 2009, Catalano, n° 312928 et 314791 : La Gazette du Palais, 2009, n° 333-335, pp. 8-11, chron. M. Guyomar

Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, SARL Inter Confort, n° 304300, Recueil Lebon p. 449 : S.-J. Liéber, D. Botteghi « Les pouvoirs de visite de la CNIL et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2010 p. 138 ; J. Burguburu, « Pouvoir de visite et de contrôle de la CNIL dans les locaux professionnels », Revue Juridique de l'Économie Publique, 01/04/2010, n° 674, pp. 17-26 ; JCP G, 29/03/2010, n° 13, pp. 674-679, note B. Plessix ; J.-G. Sorbara, « La censure du contrôle sur place exercé par la CNIL : le Conseil d'État garant du droit au respect du domicile », JCP A, 01/03/2010, n° 9, pp. 31-34 ; Revue Lamy droit de l'immatériel, 1/01/2010, n° 56, pp. 22-23, note M. Gaudemet.

Conseil d'État, Sect., 6 novembre 2009, Société Pro Décor, n° 304301

Conseil d'État, 2 décembre 2009, Sté BFM TV, n° 302020, Recueil Lebon p. 484, RFDA, 2010, p. 227 : Les Petites Affiches, 2010, 237, pp. 5-19, note X. Daverat ; Légipresse, 2010, 272, pp. 29-33, note J. Saint Laurent.

Conseil d'État, avis, 4 décembre 2009, Sté Rueil Sports venant aux droits et obligations de la Sté Sidonie, n° 329173, n° JurisData n° 2009-081570 : Droit fiscal n° 6, 11 février 2010, comm. 181, concl. E. Glaser, note J.-L. Pierre ; Revue juridique de l'économie publique n° 673, Mars 2010, étude 5, M. Collet

Conseil d'État, 18 décembre 2009, Sté Canal Plus, n° 310646.

Conseil d'État, 28 décembre 2009, Société Refco Securities, n° 305621, Recueil Lebon tables p. 613 : Bulletin Joly Bourse, 2010, n° 2, pp. 138-151, note B. Garrigues

Conseil d'État, ord., 16 février 2010, Société Canal + Distribution, n° 335337

Conseil d'État, 22 mars 2010, M. Dalongeville, n° 328843 : AJDA 2010. 664, chron. Liéber et Botteghi

Conseil d'État, 2 avril 2010, Société Mediaserv, n° 319816

Conseil d'État, 9 avril 2010, Matelly, n° 312251 : Les Petites Affiches, 2008, n° 144, pp. 3-16, M.-C. Rouault

Conseil d'État, 7 juin 2010, Bussière, n° 312909, AJDA 2010, p. 2014

Conseil d'État, 18 juin 2010, Société Canal +, n° 338344 QPC, mentionné aux tables : La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, n° 1, note L. Calendri

Conseil d'État, 9 juillet 2010, Société Canal + Distribution, n° 335336, R.F.D.A., 2010, n° 5, p. 1078 ; A.J.D.A., 2010, p. 1924, note D. Botteghi, A. Lallet ; Revue Lamy droit de l'immatériel, 2010, n° 63, pp. 70-71, note L. Costes ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 24, 13 juin 2011, 704, n° 5, note L. Calandri

Conseil d'État, 12 octobre 2010, Sté Bouygues Télécom, n° 332393, Recueil Lebon p. 378, RFDA 2011 p. 540 : Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, dossier 7, concl. B. Bourgeois-Machureau ; Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, dossier 2, note E. Guillaume, L. Coudray ; Contrats et Marchés publics n° 12, Décembre 2010, comm. 425, comm. G. Eckert

Conseil d'État, 22 octobre 2010, Société Vortex, n° 324614, A.J.D.A., 2011, p. 740, note C. Benelbaz ; La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, note L. Calandri

Conseil d'État, Sect., 8 novembre 2010, Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, n° 329384 et 330042 : Bulletin Joly Bourse, 1er février 2011 n° 2, note F. Crédot, T. Samin, concl. P. Collin ; Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2011, comm. 1, note F. J. Crédot, T. Samin ; Recueil Dalloz, 2011 p. 1643, note H. Synvet.

Conseil d'État, 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision, n° 338197 : AJDA 2011 p. 1302, note E. Glaser ; La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, note A. Courtinat ; Revue juridique de l'économie publique n° 687, Juin 2011, comm. 28, concl. É. Geffray ; Droit Administratif n° 3, Mars 2011, comm. 27, comm. M. Bazex

Conseil d'État, 2 février 2011, Société TV Numeric, n° 329254, R.F.D.A., 2011, p. 446

Conseil d'État, 11 février 2011, Sté Aquatrium, n° 319828 et n° 326062, JurisData n° 2011-001318 (sera publié au Recueil Lebon)

Conseil d'État, 11 février 2011, Société Générale, n° 316508, R.F.D.A., 2011, p. 438-439 : Banque & Droit, 2011, n° 136, mars-avril, chronique, droit financier et boursier, actualités jurisprudentielles, pp. 40-41 ; Bulletin Joly Bourse, 1er juin 2011 n° 6, p. 368, n° 179, note I. Riassetto.

Conseil d'État, 18 février 2011, Banque d'Orsay, E. Duhamel, G. Le Carvennec, P. Andrieu c. AMF (Affaire Euro Disney), n° 322786, Bulletin Joly Bourse, 1er mai 2011 n° 5, p. 315, note C. Arsouze

Conseil d'État, 18 février 2011, Genet c. ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 316854, Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 356, n° 176, note J. Lasserre Capdeville

Conseil d'État, 23 février 2011, M. Cambessede, n° 332837, mentionné aux tables

Conseil d'État, 11 mars 2011, Banque de France, n° 316412, mentionné aux tables, AJDA, 2011, p. 1047

Conseil d'État, 16 mars 2011, Société TF1, n° 334289, R.F.D.A. 2011, n° 3, p. 640 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2011, 704, n° 3 note J. Saint Laurent.

Conseil d'État, 28 mars 2011, Caisse d'épargne de Normandie, n° 319327 (inédit), Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 372, n° 188

Conseil d'État, 28 mars 2011, Sté Euroland Finance, n° 316521 (mentionné aux tables), Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011 n° 6, p. 372, n° 189

Conseil d'État, 27 avril 2011, n° 334396, Assoc. pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP) (sera publié au Recueil Lebon).

Conseil d'État, 20 mai 2011, Société Euroland Finance, n° 316522, Bulletin Joly Bourse, 1 juillet 2011 n° 7, p. 439

Conseil d'État, 30 mai 2011, Mme O., n° 339496, A.J.D.A. 2011 p. 2246

Conseil d'État, 13 juillet 2011, Sté Edelweiss gestion n° 327980 et 329120, Bulletin Joly Bourse, nov. 2011 n° 11, p. 612

Conseil d'État, 28 juillet 2011, Société Crédit immobilier de France Ouest, n° 328655, RFDA, 2011, n° 5, p. 1067

Conseil d'État, 19 octobre 2011, French Data Network, n° 342405

Conseil d'État, 5 décembre 2011, M. A., n° 319545, A.J.D.A. 2011 p. 2387

Conseil d'État, 7 décembre 2011, Société Métropole Télévision, n° 321349

Conseil d'État, 30 décembre 2011, M. Rémy A, n° 335621, Bulletin Joly Bourse, 1 mars 2012 n° 3, p. 102

B — Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint Just c. Préfet du Rhône, Rec. 713, S. 1904.III.17, note Hauriou, concl. Romieu ; G.A.J.A. (2009, 17e éd.), décision n°10, p. 61 suiv..

Tribunal des conflits, 22 juin 1992, Mizon, n° 02671, Recueil Lebon p. 486 : Recueil Dalloz 1993 p. 439, note N. Decoopman ; RFDA 1991 p. 293, note F. Llorens

Tribunal des conflits, 24 octobre 1994, Institut privé de gestion financière et Royer c. Conseil des bourses de valeur, n° 02865 :

Tribunal des conflits, 13 décembre 2010, Société Green Yellow et autres c. Electricité de France, n° 3800, A.J.D.A., 2011, p. 442

Tribunal des conflits, conflit sur renvoi du Conseil d'État, 2 mai 2011, Société Europe Finance et Industrie c. Autorité des marchés financiers, n° 3766, AJDA 2011 p. 932, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 9 juin 2011, 1445 ; JurisData n° 2011-007963 : La Gazette du Palais, 26 mai 2011 n° 146, pp. 19-21, note M. Guyomar

C — Conseil Constitutionnel

Conseil constitutionne, 22 novembre 1978, n°78-98 DC, Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté (J.O.R.F., 23 novembre 1978 ; Recueil p. 33)

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979 Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, n° 79-105 DC (J.O.R.F., 27 juillet 1979 ; Recueil, p. 33)

Conseil constitutionnel, 9 janvier 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration n° 79-109 DC (J.O.R.F., 11 janvier 1980, p. 84 ; Recueil p. 29)

Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, loi portant validation d'actes administratifs, n° 80-119 DC (J.O.R.F., 24 juillet 1980, p. 1868 ; Recueil, p. 46) : Les grandes décisions du conseil constitutionnel, n° 27 ; Actualité juridique droit administratif, 1980, p. 602, note G. Carcassonne ; Revue du droit public, 1980, p. 1658, note L. Favoreu ; Dalloz, 1981, p. 356, note L. Hamon ; Semaine Juridique 1981.II.19603, note Quoc Dinh Nguyen ; Revue administrative, 1981, p. 33, note M. de Villiers ; B. Stirn, « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel », Justices — Revue générale de droit processuel, 1996 (3), p. 41

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1980, Loi de finances pour 1981, n° 80-126 DC (J.O.R.F., 31 décembre 1980, p. 3242 ; Recueil p. 53)

Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, n° 80-127 DC (J.O.R.F., 22 janvier 1981, p. 308 ; Recueil p. 15)

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n° 81-132 DC (J.O.R.F., 17 janvier 1982, p. 299 ; Recueil p. 18)

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982 n° 82-155 DC : Pouvoirs, 1983 (25), p. 199 chron. P. Avril, J. Gicquel ; Revue du droit public, 1983, p. 333, § 53, 68, 94, 98, 99, 107, chron. L. Favoreu ; Revue administrative, 1983, p. 142, note M. de Villiers ; Dalloz, 1984, IR, p. 472, note L. Hamon.

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, n° 83-164 DC (J.O.R.F., 30 décembre 1983, p. 3871, Recueil, p. 67)

Conseil constitutionnel, 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, n° 84-172 DC (J.O.R.F., 28 juillet 1984, p. 2496 ; Recueil p. 58).

Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, n° 84-181 DC : Pouvoirs, 1985 (33), p. 163, chron. P. Avril, J. Gicquel ; A.J.D.A., 1984, p. 689, note J.-J. Bienvenu ; R.D.P., 1986, p. 395, § 11-13, passim., chron. L. Favoreu ; Gazette du palais, 1984, p. 539, note Perier-Daville ; Rev. adm., 1984, p. 580, note M. de Villiers ; C. Debbasch, G. Drouot, « La loi du 23 octobre 1984 et la liberté de la presse », Actualités législatives Dalloz, 1985, p. 49 ; S. Hubac, J.-É. Schoettl, « La situation des groupes de presse à la suite de la décision des 10 et 11 octobre du Conseil constitutionnel et de la promulgation de la loi du 23 octobre 1984 », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1985 (1), p. 3 ; J.-Cl. Masclet, « La loi sur les entreprises de presse », Actualité juridique droit administratif, 1984, p. 644 ; J. Fourre, « L'entrée en vigueur de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 », Les petites affiches, 25 janvier 1985 (11) ; E. Derieux, « Les principes du droit de la communication dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Légipresse, n°141-II, pp. 49-56 ; L. Favoreu, L. Philip, G.D.C.C., 14e éd., n°34, pp. 530 suiv..

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, n° 84-184 DC (J.O.R.F., 30 décembre 1984, p. 4167, Rec. p. 94)

Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, n°86-215 DC (J.O.R.F. 5 septembre 1986, p. 10788 ; Recueil p. 130)

Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication n°86-217 DC : Revue du droit public, 1989, p. 399, chron. L. Favoreu ; Annuaire international de justice constitutionnelle, 1986, pp. 430-436 et pp. 442-443, B. Genevois ; A.J.D.A., 1987, p. 102, note P. Wachsmann ; Dalloz, 1987, Somm., p. 381, note H. Maisl ; « Le pluralisme, mode d'emploi », Medias, Septembre 1986, p. 24, G. Goubert ; Les petites affiches, 10, 12 et 14 novembre 1986, note B. Maligner ; R. Etien, « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », Rev. adm., 1986, p. 458 et 564 ; Revue des Sociétés, 1986, p. 608, note Y. Guyon.

Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC (Recueil, p. 8) : AJ 1987.345, note J. Chevallier ; JCP 1987.II.20854, note Sestier ; LPA 12 févr. 1987, note Sélinsky ; Gaz. Pal. 1987. Doct. 1.209, comm. Lepage-Jessua ; RFDA 1987.287, note Genevois ; RFDA 1987.301, note Favoreu ; RD publ. 1987.1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988.117, note F. Luchaire ; RA 1988.29, note Sorel.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, n° 87-237 DC, (Journal officiel du 31 décembre 1987, p. 15761 ; Recueil p. 63)

Conseil constitutionnel, 19 janvier 1988, Loi sur les bourses de valeurs, n°87-240 DC (J.O.R.F., 21 janvier 1988, p. 1024, Rec. p. 28)

Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, n° 88-244 DC (J.O.R.F., 21 juillet 1988, p. 9448 ; Recueil, p. 119) : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. de droit privé, tome 287, 1997, p. 428, n°543 ; A.J.D.A., 1988, p. 752 note P. Wachsmann ; Dalloz, 1989, Jur., p. 269, note F. Luchaire ; Pouvoirs, 1989 (48), p. 180, 185, 188, 190, 191 chron. P. Avril et J. Gicquel ; J.C.P., 1989, II, 21202, note M. Paillet ; X. Prétot, « L'inconstitutionnalité du droit à réintégration du salarié protégé licencié pour faute lourde », *Droit social*, 1988, p. 755 ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1988, p. 392, 405-409, note B. Genevois ; *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* (mars 1986-mars 1989), *Revue du droit public*, 1989 (2), pp. 399-505, note L. Favoreu.

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC (JORF du 18 janvier 1989, p. 754 ; Recueil, p. 18) : J.-L. Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *Revue administrative*, 1989, pp. 223-228 ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1989 (50), pp. 193 suiv., spéc. pp. 196-197 ; L. Favoreu, *RDP*, 1989, p. 429 et suiv., § 23-25, 65-80, 86, 87, 115, 117-120, 167, 170, 176-180, 190, 194-196, 213, 216 ; L. Favoreu, L. Philip, « Autorités administratives indépendantes », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554-575

Conseil constitutionnel, 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, n° 89-254 DC (J.O.R.F., 5 juillet 1989, p. 8382 ; Recueil p. 41)

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, n° 89-260 DC (J.O.R.F., 1er août 1989, p. 9676 ; Recueil, p. 71) : *Pouvoirs*, 1990 (52), p. 189, chron. P. Avril, J. Gicquel ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *R.F.D.A.*, 1989, p. 671.

Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, n° 89-261 DC (J.O.R.F., 1^{er} août 1989, p. 9679 ; Recueil, p. 81)

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, n°89-268 DC, (Journal officiel du 30 décembre 1989, p. 16498,, Rec. p. 110)

Conseil constitutionnel, 28 décembre 1990, Loi de finances rectificative pour 1990, n°90-286 DC (J.O., 30 décembre 1990, p. 10613 ; Recueil p. 107)

Conseil constitutionnel, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-307 DC (J.O.R.F., 12 mars 1992, p. 3003 ; Recueil p. 48)

Conseil constitutionnel, 29 juillet 1992, Loi portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la

pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, n°92-311 DC (J.O.R.F., 30 juillet 1992, p. 10261 ; Recueil p. 73)

Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC (J.O.R.F., 18 août 1993, p. 11722, Recueil, p. 224).

Conseil constitutionnel, 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication n° 93-333 DC (J.O.R.F., 26 janvier 1994, p. 1377 ; Recueil, p. 32)

Conseil constitutionnel, 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n° 94-346 DC (Journal officiel du 23 juillet 1994, p. 10635 ; Recueil, p. 96)

Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n° 94-343/344 DC (J.O.R.F., 29 juillet 1994, p. 11024 ; Recueil, p. 100)

Conseil constitutionnel, 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, n° 94-348 DC (J.O.R.F., 6 août 1994, p. 11482, Rec. p. 117)

Conseil constitutionnel, 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, n° 94-352 DC (Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1154 ; Recueil, p. 170)

Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom n° 96-380 DC (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11408 ; Recueil, p. 107)

Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications, n° 96-378 DC (J.O.R.F., 27 juillet 1996, p. 11400 ; Recueil, p. 99) : « L'examen par le Conseil constitutionnel de deux lois relatives aux télécommunications », Les petites affiches, 26 juillet 1996 (90), p. 4 ; « Aperçu rapide sur la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications », J.C.P., G, 1996, Act., 18 septembre 1996, obs. É. Barbry, F. Olivier ; A.J.D.A., 1996, p. 694, O. Schrameck ; O. Schrameck, « Les lois du 26 juillet 1996 et le Conseil constitutionnel », Cahiers de la fonction publique, Septembre 1996 (149), p. 7 ; P.-G. Perot, « La nouvelle réglementation des télécommunications », Les petites affiches, 1er novembre 1996 (132), p. 15 ; J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », R.F.D.A., 1996, p. 909 ; F. Dupuis-Toubol, J.-P. Jouyet, « La nouvelle réglementation française des télécommunications. Présentation de la loi du 26 juillet 1996 », Juris P.T.T., 3e trim. 1996 (45), p. 3 ; J. Frayssinet, « La loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 et les services télématiques de communication audiovisuelle : un essai manqué », Juris P.T.T., 3e trim. 1996 (45), p. 20 ; D. Kahn, « Le statut des fournisseurs d'accès à Internet : trois pas en avant », Lamy Droit de l'informatique, Août 1996 (84), p. 1 ; H. Maisl, « La nouvelle réglementation des télécommunications », A.J.D.A., 1996, p. 762 ; R.F.D.C., 1996, p. 823, note J. Trémeau ; Les petites affiches, 11 juin 1997 (70), p. 16, note B. Mathieu, M. Verpeaux ; Dalloz, 1998, Somm., p. 146, note J. Trémeau ; Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1997 (2), p. 8.

Conseil constitutionnel, 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne retraite, n° 97-388 DC (J.O.R.F., 26 mars 1997, p. 4661, Rec. p. 31)

Conseil constitutionnel, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, n° 97-389 DC (J.O.R.F., 25 avril 1997, p. 6271)

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, n° 97-395 DC (J.O.R.F., 31 décembre 1997, p. 19313 ; Recueil p. 333)

Conseil constitutionnel, 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, n° 98-399 DC (J.O.R.F., 12 mai 1998, p. 7092 ; Recueil p. 245)

Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, n° 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (J.O.R.F., 14 juin 1998, p. 9033, cons. 29, Rec. p. 258).

Conseil constitutionnel, 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière, n° 99-411 DC (J.O.R.F., 19 juin 1999, p. 9018, Recueil, p. 75) : JCP G 1999, I, p. 201, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; V. Gimeno-Cabrera, « La protection des libertés individuelles », Revue administrative, 1/01/2005, n° 343, pp. 44-48 ; J. Buisson, « Les présomptions de culpabilité », Procédures, 1/12/1999, n° 12, pp. 3-4 ; J.-É. Schoettl, AJDA, 20/09/1999, n° 9, pp. 694-700 ; F. Luchaire, Revue du Droit public (RDP), 01/09/1999, n° 5, pp. 1283-1298 ; S. Sciortino-Bayart, Revue Française de Droit Constitutionnel (RFD Const), 1/09/1999, n° 39, pp. 587-594)

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication n° 2000-433 DC (J.O.R.F., 2 août 2000, p. 11922 ; Recueil, p. 121)

Conseil constitutionnel, 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, n° 2000-437 DC (J.O.R.F. 24 décembre 2000, p. 20576, Rec. p. 190)

Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, Loi de finances rectificative pour 2000, n° 2000-441 DC (J.O.R.F., 31 décembre 2000, p. 21204 ; Recueil, p. 201)

Conseil constitutionnel, 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, n° 2001-448 DC, cons. 102 et 103 (J.O.R.F., 2 août 2001, p. 12490 ; Recueil, p. 99)

Conseil constitutionnel, 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, n° 2001-452 DC (J.O.R.F., 12 décembre 2001, p. 19712 ; Recueil p. 156)

Conseil constitutionnel, 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, n° 2001-455 DC (J.O.R.F., 18 janvier 2002, p. 1053 ; Recueil p. 49)

Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure n° 2003-467 DC (J.O.R.F., 19 mars 2003, p. 4789 ; Recueil, p. 211)

Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, n° 2003-473 DC (Journal officiel du 3 juillet 2003, p. 11205 ; Recueil, p. 382)

Conseil constitutionnel, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-484 DC (J.O.R.F., 27 novembre 2003, p. 20154 ; Recueil, p. 438)

Conseil constitutionnel, 11 décembre 2003, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, 2003-486 DC (J.O.R.F., 19 décembre 2003, p. 21679 ; Recueil p. 467)

Conseil constitutionnel, 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, 2003-487 DC (J.O.R.F., 19 décembre 2003, p. 21686 ; Recueil p. 473)

Conseil constitutionnel, 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, n°2003-489 DC (J.O.R.F., 31 décembre 2003, p. 22636, Recueil p. 487)

Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n°2004-492 DC (J.O.R.F., 10 mars 2004, p. 4637 ; Recueil p. 66)

Conseil constitutionnel, 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, n° 2004-497 DC (J.O.R.F., 10 juillet 2004, p. 12506 ; Recueil p. 107)

Conseil constitutionnel, 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, n° 2004-510 DC (J.O.R.F., 27 janvier 2005, p. 1412, texte 3 ; Recueil p. 41)

Conseil constitutionnel, 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, n° 2005-520 DC (J.O.R.F., 27 juillet 2005, p. 12241, texte 16 ; Recueil p. 118)

Conseil constitutionnel, 29 juillet 2005, Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale, n° 2005-519 DC, cons. 30 et 31 (3 août 2005, p. 12661, texte 3 ; Recueil, p. 129)

Conseil constitutionnel, 5 avril 2006, Loi organique relative à l'élection du Président de la République, n° 2006-536 DC (J.O.R.F., 6 avril 2006, p. 5199, texte n°4, Recueil p. 61)

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC (J.O.R.F., 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2 ; Recueil p. 88)

Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, n°2006-543DC, cons. 29-31 (J.O.R.F., 8 décembre 2006, p. 18544 ; Recueil p. 120)

Conseil constitutionnel, 25 janvier 2007, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, n° 2007-546 DC (J.O.R.F., 1^{er} février 2007, p. 1946, texte 6 ; Recueil p. 55)

Conseil constitutionnel, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n°2008-562 DC (J.O.R.F., 26 février 2008, p. 3272, texte n°2 ; Recueil p. 89) : La Semaine juridique. Edition générale, 2008 (11), p. 4-6, note B. Mathieu ; Les petites affiches, 20 mars 2008 (58), p. 3-9, note F. Chaltiel ; Actualité juridique droit administratif, 2008 (13), p. 714-716, note P. Jan ; Semaine juridique. Édition générale, 2008 (16), p. 38-41, note J.-P. Feldman ; P. Cassia, « La Constitution malmenée », Esprit, 2008 (344), p. 188-190 ; Dalloz, 2008 (20), p. 1359-1366, note Y. Mayaud ; Les petites affiches, 17 juin 2008 (121), p. 7-12, R. Bousta ; Commentaire, 2008 (122), p. 569-573, note P. Cassia ; Revue du droit public, 2008 (5), p. 1381-1405, note C. Ghica-Lemarchand ; Revue française de droit constitutionnel, 2008 (76), p. 846-881, note W. Benessiano, L. Gay ; Revue administrative, 2009 (367), p. 36-43, note F. Malhière ; Revue de la recherche juridique — Droit prospectif, 2008 (4), p. 2151-2162, note I. Mboup ; Les annales de droit, 2009 (3), p. 231-251, note C. Otéro ; L. Favoreu, L. Philip, Contrôle de proportionnalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 816-827 ; Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2009 (1), p. 166-172, note B. de Lamy.

Conseil constitutionnel, 3 mars 2009, Loi organique relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, n° 2009-576 DC (J.O.R.F., 7 mars 2009, p. 4336, texte 3 ; Recueil p. 62)

Conseil constitutionnel, 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision n° 2009-577 DC (7 mars 2009, p. 4336, texte 4 ; Recueil p. 64)

Conseil constitutionnel, 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, n° 2009-578 DC (J.O.R.F., 27 mars 2009, p. 5445, texte n°2, Rec. p. (en attente de publication))

Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, n° 2009-580 DC (J.O.R.F., 13 juin 2009, p. 9675, texte 3 ; Recueil p. 107) : X. Prétot, « Le pouvoir de sanction à l'épreuve des principes constitutionnels. À propos de la censure pour partie de la loi HADOPI », in Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire, B. Teyssié (coord.), Dalloz, 2010, pp. 97-111 ; Recueil Dalloz Sirey, 24/06/2010, n°24, pp. 1508-1521, chron. V. Bernaude, L. Gay ; Les Petites Affiches, 19/05/2010, n° 99, pp. 6-19, chron. L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos, L. Janicot ; S. Ben Hadj Yania, « Controverses autour des autorités de régulation », JCP E, 06/05/2010, n° 18-19, pp. 17-23 ; A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet : un coup d'arrêt au pouvoir de la sanction des AAI ? », Droit pénal, 2009, n° 11, pp. 11-17 ; T. Revet, « Droit de propriété sur droit de propriété ne vaut », RTD Civ, 2009, n° 4, pp. 754-756 et pp. 756-757 ; Recueil Dalloz Sirey, 2009, n° 26, pp. 1770-1771, note J.-M. Bruguière ; J.-P. Feldman, « Le Conseil constitutionnel, la loi « Hadopi » et la présomption d'innocence », JCP G, 2009, n° 28, pp. 25-28 ; I. Boubekour, « De la « loi Hadopi » à la « loi Hadopi 2 » Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences », Revue Lamy droit de l'immatériel, 2009 n°51, pp. 107-113 ; J. Francillon, « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication : Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2009, n°3, pp. 609-622.

Conseil constitutionnel, 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet n° 2009-590 DC (J.O.R.F., 29 octobre 2009, p. 18292, texte 3) : Loi Hadopi 2, contrôle à double détente : J.C.P., G., I, 2009 (46), p. 15-17, comm. M. Verpeaux ; F. Chaltiel, « La loi Hadopi II de nouveau censurée », Les petites affiches, 25 novembre 2009 (235), p. 7-13 ; D. Rousseau, « Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3 ? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009 », Légipresse, 2009 (267), p. 173-174 ; E. Derieux, « Validation par le Conseil constitutionnel de l'essentiel des dispositions de la loi « Hadopi 2 » », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009 (54), p. 6-8.

Conseil constitutionnel, 19 novembre 2009, Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, n° 2009-592 DC (J.O.R.F., 25 novembre 2009, p. 20223, texte n°6)

Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, n° 2009-594 DC (J.O.R.F., 9 décembre 2009, p. 21243, texte n° 2)

Conseil constitutionnel, 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, n° 2010-604 DC (J.O.R.F., 3 mars 2010, p. 4312)

Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605 DC (J.O.R.F., 13 mai 2010, p. 8897)

Conseil constitutionnel, 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], n° 2010-6/7 QPC (J.O.R.F. 12 juin 2010, p. 10849) ;

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, M. Thierry B. [Annulation du permis de conduire], n° 2010-40 QPC (J.O.R.F., 30 septembre 2010, p. 17782)

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2010, Société Cdiscount et autre [Publication du jugement de condamnation], n° 2010-41 QPC (J.O.R.F., 30 septembre 2010, p. 17783)

Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], n° 2010-71 QPC (J.O.R.F., 27 novembre 2010, p. 21119, texte 42)

Conseil constitutionnel, 3 décembre 2010, M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce], n° 2010-74 QPC (J.O.R.F., 4 décembre 2010, p. 21117, texte n° 87).

Conseil constitutionnel, 10 décembre 2010, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation], n° 2010-72/75/82 QPC (J.O.R.F., 11 décembre 2010, p. 21710).

Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales], Décision n° 2010-85 QPC (J.O.R.F., 14 janvier 2011, p. 813, texte 123) : Constitutions 2011 p. 85, note E. Daoud, J. Cheval ; Recueil Dalloz, 2010. 2508, obs. E. Chevrier ; Revue des contrats, 1 avril 2011, n° 2, p. 536 et p. 538, notes M. Behar-Touchais

Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, n° 2010-84 QPC, SNC Eiffage Construction Val de Seine [Cotisation « 1 % logement »]

Conseil constitutionnel, 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B [Composition de la commission départementale d'aide sociale] (J.O.R.F., 26 mars 2011, p. 5406, texte 66)

Conseil constitutionnel, 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], n° 2011-147 QPC (J.O.R.F., 9 juillet 2011, p. 11979, texte 103)

Conseil constitutionnel, 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, n° 2011-635 DC

Conseil constitutionnel, 29 septembre 2011, M. Michael C. et autre [Renvoi au décret pour fixer certaines dispositions relatives à l'exercice de la profession d'avocat], n° 2011-171/178 QPC

Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, M. Michel G. [Discipline des vétérinaires], n° 2011-199 QPC

Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire], n° 2011-200 QPC : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, 12 Janvier 2012, 1034, comm. Y. Paclot ; Bulletin Joly Bourse, 1 février 2012, n° 2, p. 55, note J. Lasserre Capdeville

Tribunal de commerce de Lyon, ord., n° 6672, 26 mai 1988, Société Learell, SARL c. Société Warner

Tribunal de commerce de Nanterre, 12 mars 1999, France Télécom c. Cégétel 7, n° 99R00415

Tribunal de commerce de Nanterre, 7e ch., 19 octobre 1999, Société France Telecom c. Société Cegetel

Tribunal de commerce de Nanterre, 5e ch., 14 janvier 2003, S.A. Orange France c. S.A. Cégétel Entreprises, aff. 2001F01609

Tribunal de commerce de Paris, 9 mai 2000, Cégétel 7 c. Télé 2 France, n°RG 2000036293

Tribunal de commerce de Paris, 8e ch., 15 janvier 2003, S.A. Cégétel c. S.A. France Télécom, n°RG 2002061501

Tribunal de commerce de Paris, 8e ch., 18 juin 2003, Société 9 Télécom c. Société France Télécom, n° RG 2003/001151

Tribunal de commerce de Paris, 8 août 2003, Société Cégétel c. Société Universal Télécom, n° RG 2003/057122

Tribunal de commerce de Paris, 28 mai 2004, n° R.G. 2003059443, S.A. Télé2 France c. S.A. France Télécom

Tribunal de commerce de Paris, 9 avril 2004, SA 9 Télécom Réseau c. Tiscali Accès, n° RG 2004025791 (ordonnance de référé)

Tribunal de commerce de Paris, 25 novembre 2005, 15e ch., n° RG 2005043252, SAS Free c. Société France Télécom

Tribunal de commerce de Paris, ord., 20 septembre 2007, Société Eden Plus c. Société La Fabrique de films, n°RG 2007/060451

Tribunal de commerce de Paris, 6 décembre 2007, aff. n° 2006057440, n° Lexbase : A0700D3C

Tribunal de commerce de Versailles, 10 juillet 2002, SA Cégétel c. SA France Télécom, n°RG 2002R00403

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 avr. 2004, Perquin et UFC Que choisir c. SA Films Alain Sarde, SA Sté Universal pictures vidéo France et al. : Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2004, comm. 85, comm. C. Caron ; Légipresse 2004, n° 214, III, p. 148, note M. Vivant et G. Vercken ; JCP G 2004, II, 10135, note Ch. Geiger ; Propr. intell. 2004, n° 12, p. 834, obs. M. Vivant ; RTD com. 2004, p. 486, obs. F. Pollaud-Dulian

T.G.I. de Paris, ordonnance, 31 juillet 2007, S.A.S. Groupe A.B. c. S.A. CanalSatellite, n° RG 07/56047

Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. Concurrence, 16 novembre 1989, G.I.E. Cartes Bancaires, B.O. du 18 novembre 1989

Cour d'appel de Paris, 15 janvier 1993, M. Christian Derveloy, n° XP150193X, D. 1993. 273, note Cl. Ducouloux-Favard

Cour d'appel de Paris, 6 avril 1994, D. 1994. 511

Cour d'appel de Paris, 12 février 1997 : D. 1998. Somm. 63, obs. Bon-Garcin

Cour d'appel de Paris, 14 mai 1997, Sté Compagnie générale d'immobilier Georges V et a. c/Agent judiciaire du Trésor : D. 1998, jurispr. p. 137, note M.-L. Niboyet.

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 28 Avril 1998, S.A. France Télécom c. S.N.C. Compagnie Générale des eaux, n° RG 97/17849, n° JurisData 1998-021049 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00210)

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 28 Avril 1998, S. A. France Télécom c. Société Paris TV Câble Slec, n° RG 97/17847, n° JurisData 1998-021050 (recours contre une décision de l'A.R.T., 10 juillet 1997, n° 97-00209)

Cour d'appel de Paris, ch. 1, sect. H, 8 septembre 1998, Société Copper Communications c. S.A. France Télécom, n° 1/98, n° JurisData 1998-023949

Cour d'appel de Paris, 1^e chambre, section H, 15 décembre 1998, n° 1998/16624, Société Copper Communication c. France Télécom : « Contrat Audiotel et incompétence de l'Autorité de régulation des télécommunications », Revue Lamy Droit des Affaires, 1999, n°15 ; N. Finet, « Compétence ou incompétence de l'ART en télématique ? », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mars 1999, n° 111.

Cour d'appel de Paris, 18 février 1999, D. 1999. IR 114

Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, SA Canal Plus : JCP G 2000, II, 10254, note J.-C. Fourgoux

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 22 février 2000, S.A.R.L. Spacotel Communications c. S.A. France Télécom, n° RG 1999/20793

Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, KPMG Fiduciaire de France, n° RG : 1999/15862 : JCP 2000.II.10408, note R. Drago ; Recueil Dalloz 2000. p. 212, note M. Boizard ; Revue des sociétés 2000. p. 327, note S. Robineau ; Revue de science criminelle 2000. p. 629, note J. Riffault ; Revue trimestrielle de droit commercial 2000. p. 405, note N. Rontchevsky.

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 27 Juin 2000, SA France Télécom c. Société Télécom Développement, n° RG 2000/02659

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 26 février 2002, 9 Télécom Réseau c. France Télécom : Droit administratif, 2002, n° 4, avril, Commentaires, n° 75, p. 31, note Martine Lombard

Cour d'appel de Paris, 9 avril 2002, S.A. Geodis Overseas France et autres (B.O.C.C.R.F. 24 juin 2002, p. 387)

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H., 28 mai 2002, S.A. France Télécom, c. S.A. Free Télécom, n° RG 2001/21416

Cour d'appel de Paris, 1^{er} ch., Sect. H, 18 février 2003, Compagnie générale des eaux, n° 2002/14535

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Estel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/12433

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Sect. H, 20 Janvier 2004, S.A. UPC France c. France Télécom, n° RG 2003/12848, n° JurisData 2004-231900 (recours contre une décision de l'A.R.T., 5 juin 2003, n° 03-703).

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H, 20 janvier 2004, S.A. Completel c. S.A. France Télécom, n° RG 2003/13088

Cour d'appel de Paris, 24 février 2004, Electricité de France c. Société Sinerg, n°2003/10671 : Dr. adm. 2004, n° 69, note de Monsebernard.

Cour d'appel de Paris, 1er ch., sect. H, 6 avril 2004, S.A. France-Manche c. E.D.F. en sa qualité de gestionnaire du réseau de transport d'électricité (R.T.E.), n° 2003/18241.

Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H, 6 avril 2004, S.A. France Télécom c. S.A. Iliad, n° RG 2003/18407 : Droit administratif, 2004, n° 7, comm. 117, pp. 29-31, note M. Sénac de Monsebernard

Cour d'appel de Paris, 11 mai 2004, S.A.R.L. Société du Parc éolien de Montjoyer c. E.D.F., n° 2003/20473.

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H., 8 juin 2004, E.D.F. c. S.A.R.L. Coged de Kerverzet (recours contre une décision de la Commission de régulation de l'énergie, 30 octobre 2003, J.O.R.F., n°11, 14 janvier 2004, p. 1062, texte n° 68) : Revue Lamy de la Concurrence, 2004, n°1, n°91, p. 135, note M.-A. Frison-Roche

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H., 7 décembre 2004, S.A. Mobius c. Société France Télécom, n° RG 2004/10272

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H., 7 décembre 2004, Société Outremer Télécom c. Société France Télécom, n° RG, 2004/10288.

Cour d'appel de Paris, 1re ch., sect. H, 25 janvier 2005, Société Cerestar France c. É.D.F.-R.T.É., n° RG 04/12111, n° JurisData, 2005-279033 : A.J.D.A., 2005, p. 1216, note L. Richer ; Revue Lamy de la Concurrence, 2005, n° 3, pp. 111-112, note M.-A. Frison-Roche ; Concurrences, N° 2-2005, n° 1196, pp. 98-100, note T. Tuot

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H, 8 mars 2005, S.A. É.D.F. c. Société Pouchon Cogen, n° RG 04/12606, n° JurisData : 2005-279037 (recours contre une décision de la C.R.E., 3 juin 2004, J.O.R.F., n° 209, 8 septembre 2004, p. 15810, texte n° 39) : AJDA 2005 p. 1216, note L. Richer

Cour d'appel de Paris, 1re ch., sect. H, ord., 19 avril 2005 : RTD com. 2005. 561, note N. Rontchevsky

Cour d'appel de Paris, 4e ch., sect. B, 22 avril 2005, Perquin et UFC Que choisir ? c/Sté Universal pictures et Synd. éd. vidéo et al. : Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2005, comm. 98, comm. C. Caron ; Légipresse 2005, n° 227, III, p. 233, note M. Vivant et G. Vercken ; Propr. intell. 2005, n° 16, p. 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; JCP G 2005, II, 10126, note Ch. Geiger ; D. 2005, p. 1573, note C. Castets-Renard

Cour d'appel de Paris, 28 juin 2005, Vivendi c. A.M.F., n° RG 2005/02333 ; RTDcom 2005 p. 807, note N. Rontchevsky

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H, 4 octobre 2005, Réseau de Transport d'Electricité (RTE) c. Compagnie Parisienne de Chauffage Urbain (CPCU), n° RG 2005/05502

Cour d'appel de Paris, 1er ch., sect. H, 15 novembre 2005, société Télévision par satellite « TPS », B.O.C.C.R.F., n° 8, 26 septembre 2006, p. 852

Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Société Usine hydroélectrique des forges de Lanouée, n° RG 05/12409

Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Société Nuages, n° RG 05/12406

Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 13 décembre 2005, Société Metaleurop et Robinson, n° 2005/13646, : RTD fin., 2006, n° 1, p. 151, obs. B. Garrigues ; D., 2005, p. 1417 ; RTD com., 2006, p. 450, note N. Rontchevsky.

Cour d'appel de Paris, 1er ch., Sect. H, 13 décembre 2005, E.D.F. c. Pralong, n° RG 05/12411 : Concurrences, N° 2-2010, spéc. p. 6, n° 40, note J. Riffault-Silk

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H, 30 mai 2006, S.A. Western Télécom c. S.A. France Télécom, n° RG 2005/24129

Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H., 30 mai 2006, E.D.F., R.T.E. c. Société compagnie du vent, n° RG 2005/21057

Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H, 23 janvier 2007, Société Gaz de France c. Société Altergaz, n° RG 06/06163 : J.-P. Tran Thiet, « Stockages de gaz : L'accès des tiers au stockage doit comporter des modalités de cession du gaz détenu par le précédent titulaire de droits de stockage transparentes et objectives qu'il appartient à la CRE d'enjoindre à l'opérateur de stockage de fixer GDF/Altergaz », Concurrences, N° 2-2007, n°13505, pp. 162-163 ; T. Tuot, « La Commission de régulation de l'énergie rend son premier règlement de différend dans le secteur gazier », Concurrences, 2006, n° 2, pp. 152-153

Cour d'appel de Paris, ord., 23 janvier 2007, SA Eiffage Construction, n° 06/21198, Juris-Data n° 2007-324833 : D. 2007, AJ 576, obs. Chevrier ; CCC 2007, n° 97, obs. Decocq ; RLC avr.-juin 2007. 72, obs. Nourissat

Cour d'appel de Paris, 1e ch., Sect. H, 30 janvier 2007, S.F.R. c. Société Afine, n° RG 2006/07964

Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H, 3 avril 2007, Société Telegate c. Société Orange France, n° RG 2006/11319.

Cour d'appel de Paris, 4e ch., sect. A, 4 avril 2007, Association U.C.F. Que Choisir c. Société Universal Pictures Video France, S.A. Films Alain Sarde, S.A. Studio Canal, Syndicat de l'édition vidéo, n° RG 06/07506, JurisData n° 2007-329335 : Comm. com. électr. 2007, comm. 68, et la note ; Propr. intell. 2007, n° 24, p. 320, note A. Lucas ; RLDI 2007/29, n° 940, note N. Craipeau ; D. 2007, p. 1993, obs. Ch. Le Stanc ; RTD com. 2007, p. 357, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2007, n° 213, p. 379 et p. 235, obs. P. Sirinelli

Cour d'appel de Paris, 1e ch. Sect. H, 22 mai 2007, Société Électricité de France (E.D.F.) c. Société Pouchon Cogen, n° RG 2006/16883.

Cour d'appel de Paris, 1e ch., sect. H., 26 juin 2007, E.D.F. c. SIPPEREC, n° RG 2006/19689.

Cour d'appel de Paris, 1er ch., sect. H, 11 septembre 2007, société 118 218 Le Numéro c. société Orange France, n° RG 06/19670.

Cour d'appel de Paris, 14e ch., Section B, 26 octobre 2007, S.A. CanalSatellite c. S.A.S. Groupe AB, n° RG 07/14703.

Cour d'appel de Paris, 1^e ch., Section H, 11 février 2009, Société Mobius c. Société France Télécom, n° RG 05/16941

Cour d'appel de Paris, ord., 1^e ch., Section H, 4 mars 2009, Chevron Products Company, société des pétroles Shell et société Esso c. Conseil de la concurrence, n° RG 2009/00456, BOCCRF n° 4, 19 avril 2010

Cour d'appel de Paris, ch. 5, 26 mai 2009, Société Neuf Cégétel c. France Télécom, n° RG 2008/16665, sur la décision de l'A.R.C.E.P. du 24 juillet 2008, n°2008-0839

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 11^e ch., 22 janvier 2010, n° 08/09844, n° Lexbase : A2055ERK

Cour d'appel de Paris, ord., 3 février 2011, Société Numéricable S.A.S. c. Société France Télécom S.A., n° 2010/24436.

Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, société La Réunion Numérique S.A.S. c. société Mobius S.A., n° RG 2010/16143.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 juin 2011, Société NC Numéricable S.A. c. Société France Télécom S.A., n° RG 2010/23690

Cass., crim., 4 nov. 1848, aff. Capelle, D. P. 50. 5. 472

Cass., crim., 13 juillet 1850, Min. pu. c. veuve Bonnet, D. P. 1850.I.253-254

Cass., Crim., 10 févr. 1854, Boyer, D. P. 55.III.44

Cass., crim., 29 août 1857, aff. Mercier, D. P. 57. 1. 416

Cass., crim., 7 décembre 1901, Min. pu. c. Second, D.1904.I.286

Cass., ch. réunies, 13 janvier 1932, Martinaud c. Dame veuve Bernard et Martinaud c. Durand, DP 1932, 1, p. 18, rapp. Pilon.

Cass. civ. 16 mars 1937, S. 1937.1.184

Cass. soc. 23 janv. 1948, JCP 1948. II. 4229

Cass., civ., 23 novembre 1956, Trésor Public c. Giry, Bull. civ. II, 407 : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 74 ; D. 1957.34, concl. Lemoine ; AJ 1957.II.91, chr. Fournier et Braibant ; JCP 1956.II.9681, note Esmein ; RD publ. 1958.298, note M. Waline

Cass. crim. 24 juill. 1967, JCP 1968. II. 15399

Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre : D. 1975.497, concl. Touffait ; Gaz. Pal. 1975.2.470, concl. et note R.C. ; AJ 1975.567, note Boulouis ; JDI 1975.802, note Ruzié ; Rev. crit. DIP 1976.347, note J. Foyer et D. Holleaux ; RGDIP 1976.690, obs. C. Rousseau ; Cah. dr. eur. 1975.655, note Kovar ; Rev. Marché Commun, sept. 1975, comm. Druesne

Cass., crim., 4 novembre 1988, n° 87-81697

Cass., comm., 7 nov. 1989, Directeur général des impôts c/Dalloz, JCP 1990, éd. E, 1.19.356

Cass., com., 20 mars 1990, Warner Bros c. compagnie du Théâtre de la Cité, n° 88-15.373

Cass., com. 18 février et 26 mai 1992, J.C.P. E, 1992, II, 334, note M. Behar-Touchais ; Recueil Dalloz 1993, II, 57, note C. Hannoun

Cass., com., 29 avril 1997, Ferreira c. DGI : La Semaine Juridique Édition Générale n° 43, 22 octobre 1997, II 22935, note F. Sudre.

Cass., com., 6 oct. 1998, n° 96-19.382, SNC Sofon, RJF 1998, n° 1503

Cass., com., 1er déc. 1998, Oury, Juris-Data n° 1998-004629 : JCP G 1999, II, 10057, note E. Garaud.

Cass., soc., 17 déc. 1998, Madaci c. CPAM Vienne, Bull. civ. V, n° 578, p. 430 : RTD civ. 2000, p. 622, obs. J. Normand

Cass. ass. plén., 5 février 1999, COB c. Oury, Bull. civ. AP n° 1, p. 1, Juris-Data n° 1999-000593 : Gaz. Pal. 24-25 févr. 1999, p.8, concl. M.-A. Lafortune ; JCP G 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou

Cass., comm., 15 juin 1999, RD bancaire 1999, n° 74, p. 123, obs. M. Germain, M-A. Frison-Roche ; Banque & Droit 2000, n° 69, p. 50 obs. H. de Vauplane

Cass. com., 5 octobre 1999, Campenon Bernard SGE, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133, Juris-Data n° 1999-003372 : JCP G 2000, II, 10255, note E. Cadou

Cass., soc., 9 mars 2000, Sba c. CPAM Grenoble, n° 98-22435, Bulletin 2000 V n° 97 p. 76

Cass., comm., 24 octobre 2000 : Recueil Dalloz 2000, p. 429, obs. A. Marmontel ; RTD civ. 2001.163, obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2001.140, comm. J. Mestre.

Cass., 1re civ., 14 novembre 2000, Sté Copper Communications, D. 2000, IR p. 305, Bulletin 2000 I n° 291 p. 188

Cass. com. 9 octobre 2001, SA Unibéton, Juris-Data n° 2001-011217, JCP G 2001, IV, 2870.

Cass., com., 26 février 2002, Cie nat. des experts spécialisés en livres, antiquités, tableaux et curiosités (la CNE) c. Min. éco., fin., n° 487, Juris-Data n° 2002-013249.

Cass., 1^e ch. civ., 5 mars 2002, Société Spacetel Communications c. France Télécom, n° 00-12972

Cass., com., 28 janv. 2003, société Domoservices, n° 01-00528, Bull. civ. 2003, IV, n° 12, p. 14

Cass., com., 23 juin 2004, n° 01-17896, Bull. civ. 2004, IV, n° 132, p. 134

Cass., 23 juin 2004, société BNP Paribas, n° 01-17896, Bulletin 2004 IV n° 132 p. 134, B.O.C.C.R.F., n° 10, jeudi 9 décembre 2004, p. 828

Cass., com., 22 février 2005, Sinerg c. EdF, n° 04-12618 : A.J.D.A. 2005, p. 1216, note L. Richer

Cass. 1^e civ., 28 février 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002, Studio Canal et Sté Universal pictures et al. c. UFC Que choisir ? et Perquin : Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2006, comm. 56, comm. C. Caron ; JCP G 2006, II, 10084, note A. Lucas ; Légipresse 2006, n° 231, III, p. 71, note V.-L. Bénabou ; Propr. intell. 2006, n° 19, p. 179, note A. Lucas ; JCP E 2006, 2178, n° 11, obs. H.-J. Lucas ; Propr. industr. 2006, comm. 61, note J. Schmidt-Szalewski ; RTD com. 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass., com., 10 mai 2006, Electricité de France EDF SA c. Société Pouchon Cogen et autre, n° 05-13622

Cass., com., 12 décembre 2006, Sté France Télécom c. SA Western Télécom, n° 05-19610, Juris-Data n° 2006-036463 : Recueil Dalloz, 2007, n° 3, p. 159-160, note X. Delpech ; Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2007, étude 25, spéc. n°3, note S. Jacquier, W. J. Maxwell

Cass., com., 19 décembre 2006, AM.F. c. Vivendi universal, n° 05-18919 (inédit)

Cass., com., 30 mai 2007, M. Russ Robinson c. A.M.F. et société Métaleurop, n° 06-11.314 : Bulletin Joly Bourse, 1er juillet 2007, n° 4, p. 461, note N. Decoopman ; Banque et Droit, n° 114, juillet-août 2007, p. 26, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars, J.-P. Bornet ; Dr. sociétés, novembre 2007, comm., n° 201, p.28, note Th. Bonneau ; Rev. Sociétés, octobre-décembre 2007, p.851, note Ch. Arsouze

Cass., com., 15 janvier 2008, société Le Foll TP et société Colas Ile-de-France Normandie, n° 07-11677, Bulletin 2008, IV, n° 5

Cass. com., 3 juin 2008, société Sony France et société Philips France, n° 07-17147, Bulletin 2008, IV, n° 112

Cass., 1^{er} civ., 19 juin 2008, n° 07-14.277, Assoc. UFC Que Choisir c/Sté Universal Pictures Video France

Cass., 4 novembre 2008, société Canal 9, n° 07-21275, Bulletin 2008, IV, n° 188

Cass., com., 3 mars 2009, Société française de radiotéléphone (SFR) c. ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, n° 08-14435, Bulletin 2009, IV, n° 30 ; B.O.C.C.R.F., n° 8 du 3 août 2009

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369 : Revue des contrats, 1er janvier 2011, n° 1, p. 34, « Frémissement en matière d'imprévision », note É. Savaux

Cour de cassation, com., 23 novembre 2010, Autorité de la concurrence c. ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie , Beauté prestige international , Chanel, n° 09-72.287

Cass., 14 décembre 2010, S.F.R. c. France Télécom, n° 09-67371 : Concurrences, n° 1-2011, n° 34347, pp. 170-171, note J. Adda

Cass., Ass. Plen., 7 janvier 2011, n° 09-14316 et 09-14667, Société Philips France et Société Sony France : Lexbase Hebdo, Édition Privée Générale, 20/01/2011, n° 424, note É. Vergès ; Recueil Dalloz, 20/01/2011, n° 3, p. 157, note E. Chevrier ; Semaine Juridique (édition générale), 17/01/2011, n° 3, p. 90, note M. Malaurie-Vignal ; Dalloz, 2011, p. 562, note F. Fourment ; Gazette du Palais, 17 février 2011 n° 48, p. 16, note S. Régnauld ; Petites affiches, 12 mai 2011 n° 94, note M. Eeckhoudt

Cass., com., 8 février 2011, Frydman c. Autorité des marchés financiers, n° 10-10965 Gazette du Palais, 24 février 2011 n° 55, p. 25 ; Bulletin Joly Bourse, 1er mai 2011 n° 5, p. 301, note M. Cohen-Branche ; Revue des sociétés 2011 p. 432, note É. Dezeuze.

Cass. com., 1er mars 2011, A.M.F. c. M. X, n° 09-71252, JurisData n° 2011-002627 ; Lexbase Hebdo, n° 244 du jeudi 24 mars 2011, note É. Mazzei ; Droit pénal n° 5, mai 2011, comm. 63, J.-H. Robert

Cass., com., 27 avril 2011, Maurel et Prom, n° 10-12125 : Bulletin Joly Bourse, 1er septembre 2011 n° 9, p. 487, n° 246, note M. Samuelian, G. Berruyer.

Cass., QPC, 13 mai 2011, société France Télécom et société Orange Caraïbe, n° 10-25772

Cass., 24 mai 2011, Société Kelly, n° 10-18267 : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 23 Juin 2011, 1489, note Y. Paclot ; Lexbase Hebdo, n° 259 du Jeudi 14 Juillet 2011, Édition Affaires, n° Lexbase N7018BSQ, note É. Mazzei ; Bulletin Joly Bourse,

1er septembre 2011, n° 9, p. 474, n° 243, note J. Lasserre Capdeville ; Bulletin Joly Bourse, 1 octobre 2011 n° 10, p. 525, éditorial N. Rontchevsky

Cass., civ., 26 mai 2011, n° 10-15676 : Lexbase Hebdo n° 445 du 23 juin 2011, éd. Privée, Lexbase n° N5833BST, note M. Depincé

Cass., 21 juin 2011, société Colas Midi-Méditerranée, n° 09-67793

Cass. com., 20 septembre 2011, n° 10-13878 et n° 10-13911, Bulletin Joly Bourse, nov. 2011 n° 11, p. 588

Cass. com., 20 septembre 2011, Xavier X. c. AMF, n° 10-13.911, JurisData n° 2011-023387 ; Thoma c. AMF, n° 10-13.591, JurisData n° 2011-019472 ; Moccia c. AMF, n° 10-13.878, JurisData n° 2011-019490 : Droit des sociétés n° 12, Décembre 2011, comm. 221, note S. Torck

Cass., com., 17 janvier 2012, Autorité de la concurrence c. S.F.R., France Télécom, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 11-13.067

II — Décisions des juridictions anglaises

A v Tayside Fire Board 2000 S.C. 232

Akwushola v Secretary Of State For The Home Department [2000] 1 W.L.R. 2295

Alexander Machinery (Dudley) Ltd v Crabtree [1974] I.C.R. 120

Allinson v General Council of Medical Education and Registration [1894] 1 Q.B. 750

American Cyanamid Co v Ethicon Ltd (No.1) [1975] A.C. 396

AN v Secretary of State for the Home Department [2010] EWCA Civ 869 (28 July 2010)

Anisminic Ltd. Appellant v Foreign Compensation Commission and Another Respondents [1969] 2 A.C. 147.

Archer v South West Thames Regional Health Authority Times, August 10, 1985

Ashby v White (1703) 92 E.R. 126.

Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another [2004] 1 A.C. 546

Argos Ltd & Anor v Office of Fair Trading [2004] CAT 24

Attorney General (on the relation of McWhirter) v. I.B.A. [1973] 1 All E.R. 689

Attorney-General v Manchester Corporation, 5 February 1906, [1906] 1 Ch. 643

Attorney General v Prince Ernest Augustus of Hanover [1957] AC436

Attorney General v Sillem (1864) 10 H.L. Cas. 704

Attorney-General v Smethwick Corporation, 4 February 1932, [1932] 1 Ch. 562

Attorney General of the Gambia v N'Jie [1961] 2 All E.R. 504

Attorney General of Trinidad and Tobago v Ramanooop [2005] UKPC 15

Baldwin and Francis Ltd v Patents Appeal Tribunal [1959] AC 663, [1959] 2 All ER 433

Belfast Ropework Co Ltd v Bushell [1918] 1 K.B. 210

Benson v Frederick (1766) 3 Bur. 1845

Bhatt v General Medical Council [2011] EWHC 783

Blyth v Blyth [1966] 2 W.L.R. 634

Board of Education v Rice [1911] AC 179

Bolt v Stennett (1800) 8 T.R. 606

Bolton (Engineering) Co. v Graham [1957] 1 Q.B. 159

Bolton v The Law Society [1993] EWCA Civ 32

Bonham's Case, in The Selected Writings of Sir Edward Coke, p. 264

Boulter v The Justices of Kent and Others, [1897] A.C. 556

Bourgoin SA v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Court of Appeal (Civil Division), 29 July 1985 [1986] Q.B. 716

Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corporation Ltd [1981] AC 909

Bristol Airport Plc v Powdrill [1990] Ch. 744

British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd (1952) A.C. 166.

British Telecommunications plc v Director General of Telecommunications [2004] CAT 8

British Telecommunications Plc v Director General of Telecommunications CO/1506/2000 (4 August 2000) 2000 WL 1213055

British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits), [2010] CAT 15

British Telecommunications Plc v Office of Communications [2010] CAT 17

British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits) [2011] CAT 5

British Telecommunications Plc (Termination charges : 080 calls, NCCN 1007) v Office of Communications [2011] CAT 15

British Telecommunications Plc and Everything Everywhere Limited v Office of communications [2011] CAT 24

Bushell v Secretary of State for the Environment [1981] AC 75, 95B-D

Campbell v Hall (1774) 1 Cowp. 204

Case of Monopolies, 77 Eng. Rep. 1260 (1378-1865)

Caswell v Dairy Produce Quota Tribunal for England and Wales [1990] 2 AC 738, [1990] 2 All ER 434.

Ceylon University v Fernando [1960] 1 WLR 223

CIN Properties Ltd v Rawlings (1995) 2 EGLR 130

Cityhook Limited v Office Of Fair Trading [2009] EWHC 57

Clark, Esq., Chamberlain of the City of London v Le Cren, 24 January 1829, (1829) 9 Barnewall and Cresswell 52, 109 E.R. 20

Claymore Dairies Ltd and Arla Foods UK PLC v Office of Fair Trading [2003] CAT 18

Coke Wallis, R (on the application of) v Institute of Chartered Accountants in England and Wales [2011] UKSC 2

Congreve v Home Office [1976] QB 629

Cooper v Wandsworth Board of Works 143 E.R. 414

Cooke v Secretary of State for Social Security [2001] EWCA Civ 734

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374

Cramp v Hastings BC [2005] H.L.R. 48

Cutler v Wandsworth Stadium Limited [1949] AC 398

Data Broadcasting International Ltd & Anor R v The Office of Communications [2010] EWHC 1243 (Admin) (28 May 2010)

Davidson & Tatham (Cost Decision) [2006] UKFSM FSM040

Dawkins v Antrobus (1881) L.R. 17 Ch. D. 615

De Verteuil v Knaggs [1918] A.C. 557

Digicel (St. Lucia) Limited v Cable & Wireless Plc, [2010] EWHC 774 (Ch), Case n° HC07C01917

Dimes v Proprietors of the Grand Junction Canal (1852) 3 HL Cas 759

Dyson v Attorney-General [1911] 1 K.B. 410

Doe v. Bridges, (1831) 1 B. & Ad. 847

Dorset Yacht Co. v Home Office [1970] A.C. 1004

Dr. Bright Selvadurai Selvarajan v General Medical Council [2008] EWHC 182 (Admin)

Duport Steels v Sirs [1980] 1 All ER 529

E v Secretary of State for the Home Department [2004] Q.B. 1044.

Edwards [1975] 1 Q.B. 27

Entick v. Carrington (1765) 19 St. Tr. 1030

Eshugbayi Eleko Appellant ; v Officer Administering the Government of Nigeria and Another Respondents [1931] A.C. 662

Errington and Others v Minister of Health [1935] 1 K.B. 249

Ex parte Daisy Hopkins (1891) 61 L.J.Q.B. 240

Ex parte Whitchurch, QBD (1880-81) L.R. 6 Q.B.D. 545

F. Hoffmann-la Roche & Co. A.G. and Others v Secretary of State for Trade and Industry [1974] 3 W.L.R. 104

Federal Commerce and Navigation Co. Ltd. v Tradax Export S.A. [1978] A.C. 1

Ferd Dawson Calvin v John Henry Brownlow Carr [1979] 2 W.L.R. 755

Fisher v Keane (1879) L.R. 11 Ch. D. 353
 Fullbrook v Berkshire Magistrates Courts Committee 69 L.G.R.
 Furnell v Whangarei High Schools Board [1973] AC 660
 Gale v Serious Organised Crime Agency [2011] UKSC 49, spéc. § 54.
 Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board [1994] A.C. 130
 Gaunt v The Office of Communications [2010] EWHC 1756
 Gaunt v The Office of Communications [2011] EWCA Civ 692
 General Mediacal Council v Spackman [1943] AC 627
 Genzyme Ltd v Office of Fair Trading (Interim Relief) [2003] CAT 8
 Gorringe v Calderdale MBC [2004] UKHL 15.
 Graham v Glasgow Corporation, 22 November 1935, 1936 S.C. 108
 Great North Eastern Railway Ltd v Office of Rail Regulation & Ors [2006] EWHC 1942 (Admin)
 Groenwelt v Burwell Trin. 12 W. 3
 Hardy v Pembrokeshire County Council [2006] EWCA Civ 240, [2006] Env LR 659
 Harry Lee Wee v Law Society of Singapore [1985] 1 W.L.R. 362
 Hazelhurst & Ors v Solicitors Regulation Authority [2011] EWHC 462 (Admin)
 Herring v Templeman (1973) 3 All ER 569
 Hesketh v Braddock, 11 February (1766) 97 E.R. 1130
 Hillingdon LBC, ex parte McDonagh (1999) 31 HLR 531
 HM Treasury v Ahmed & Ors [2010] UKSC 2
 Hoggard v Worsbrough Urban DC [1962] 2 Q.B. 93
 Home Office v Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C. 1004.
 Hope and Glory Public House Ltd, R v City of Westminster Magistrates Court & Ors [2011] EWCA Civ 31
 Hopkins and Another v Smethwick Local Board of Health [1890] L.R. 24 Q.B.D. 712
 Horsnell v Boston BC [2005] EWHC 1311
 Huckle v Money (1763) 2 Wils. K.B. 205
 Hutchison 3G (UK) Limited v. The Office of Communications, 29 November 2005, [2005] CAT 39
 In Re A Solicitor's Clerk [1957] 1 W.L.R. 1219
 In Re A Solicitor [1972] 1 W.L.R. 869.
 In Re P (A Barrister) [2005] 1 W.L.R. 3019
 Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services v Andronikou, [2007] EWHC 2307

Infinis Plc *Infinis (Re-Gen) Ltd, R (on the application of) v Gas & Electricity Markets Authority & Anor* [2011] EWHC 1873 (Admin)

Inland Revenue Commissioners v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd. [1982] A.C. 617

Jain v Trent SHA [2009] 1 A.C. 853

James Dunbar Smith v Her Majesty the Queen (1877-78) L.R. 3 App. Cas. 614

JJB Sports Plc v Office Of Fair Trading [2004] CAT 17

Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55

Joseph Lennox Holmes (Appellant) v Royal College of Veterinary Surgeons (Respondent) [2011] UKPC 48

Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd [1986] 1 WLR 1120

Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary, [2001] UKHL 29

L'Office Cherifien des Phosphates Unitramp SA v Yamashita-Shinnihon Steamship Co Ltd [1994] 1 A.C. 486

Labour Relations Board of Saskatchewan v John East Iron Works, Limited [1949] A.C. 134

Laker Airways Ltd v Department of Trade [1977] 2 All ER 182

Lapointe v L'Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montreal [1906] A.C. 535

Laporte v Chief Constable of Gloucestershire Constabulary [2007] 2 AC 105

Law v National Greyhound Racing Club Ltd [1983] 3 All ER 300

Law Society v Salsbury [2008] EWCA Civ 1285

Lee v Department of Education and Science (1967) 111 S.J. 756

Lee v The Showmen's Guild of Great Britain [1952] 2 Q.B. 329

Leech v Deputy Governor of Parkhurst Prison [1988] AC 533, [1988] 1 All ER 485

Leeson v General Council of Medical Education and Registration (1890) L.R. 43 Ch. D. 366

Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co. [1915] A.C. 705

Levy v Solicitors Regulation Authority [2011] EWHC 740 (Admin)

Lloyds Bank Ltd v Bundy [1975] Q.B. 326

Liversidge v Sir John Anderson and Another Respondents [1942] A.C. 206

Local Government Board v Arlidge [1915] AC 120

Malone v Commissioner of Police of the Metropolis, Chancery Division, 28 February 1979, (No.2) [1979] Ch. 344 (Ch D)

Marcic v Thames Water Utilities Ltd, 4 December 2003, [2004] 2 A.C. 42

Marriott v Minister of Health (1936) 154 L.T. 47

McDonald v Lanarkshire Fire Brigade Joint Committee 1959 S.C. 141

Merchandise Transport Ltd v. British Transport Commission (1962) 2 Q.B. 173

Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications and Another [1996] 1 W.L.R. 48

McWhirter v Independent Broadcasting Authority [1973] Q.B. 629 ; [1973] 2 W.L.R. 344

Mersey Docks and Harbour Board Trustees v Gibbs (1866) 11 H.L. Cas. 686.

Minister of National Revenue v Wrights Canadian Ropes [1947] A.C. 109

Mixnam's Properties Ltd v Chertsey Urban District Council [1965] A.C. 735

Modahl v British Athletics Association [2001] EWCA Civ. 1447

Mohit v Director of Public Prosecutions of Mauritius [2006] 1 WLR 3343

Moos & Anor, R (on the application of) v Police of the Metropolis [2011] EWHC 957 (Admin)

MT (Algeria) v Secretary of State for the Home Department [2008] Q.B. 533

Mulcahy v R. (1868) L.R. 3 H.L. 306

Nakkuda Ali v Jayaratne [1951] A.C. 66

Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading (No.1) [2001] CAT 1

Napp Pharmaceutical Holdings Ltd & Ors v Office of Communications [2002] CAT 1

Nakkuda Ali v M. F. de S. Jayaratne [1951] A.C. 66

National Power plc v National Grid Co plc, [1998] All ER (D) 347

North Midland Construction PLC v Office of Fair Trading [2011] CAT 14

North Range Shipping Ltd v Seatrans Shipping Corp [2002] EWCA Civ 405 [2002] 1 WLR 2397

Norton Tool Co Ltd v Tewson [1973] 1 W.L.R. 45

O'Reilly v. Mackman [1983] 2 A.C. 237

Office of Fair Trading v W. Austin & Sons & Ors [2005] CAT 25

Office of Fair Trading v not named [2003] EWHC 1042

Orange Personal Communications Services Limited v Office of communications [2007] CAT 36

Osgood v Nelson (1872) L.R. 5 HL 636

Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] A.C. 997

Parviz Faridian v General Medical Council [1970] 3 W.L.R. 1065

Perre v Apand Pty Ltd (1999) A.L.R. 606, p. 623

Perrett v Collins [1999] P.N.L.R. 77, p. 84

Peter Ziderman v General Dental Council [1976] 1 W.L.R. 330

Pfizer Corporation v Ministry of Health [1965] 2 W.L.R. 387

Pickwell v Camden London Borough Council and Others [1983] Q.B. 962

Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd v Donoghue [2001] EWCA Civ 595

Porter v Commissioner of Police of the Metropolis (1999) All ER D 11129

Printing and Numerical Registering v Sampson (1875) LR 19 Eq 462

Proclamations' Case (1611) 12 Co Rep 74

Prohibitions Del Roy, Michaelmas 5 Jac. I, 1607, in 6 Edward Coke, et al., The Reports of Sir Edward Coke, Knt. In Thirteen Parts (New ed.) 280 (1826).

R v Andrews Weatherfoil Ltd, 56 Cr. App.R. 31

R v Barnsley Metropolitan Borough Council Ex p. Hook [1976] 1 W.L.R. 1052

R v Basildon District Council, ex p. Brown, (1981) 79 L.G.R. 655, Times, February 24, 1981

R v Brent London Borough Council, ex p Gunning (1985) 84 LGR 168

R v Cambridge Health Authority, Ex p B [1995] 1 WLR 898

R v Civil Service Appeal Board Ex p. Cunningham [1991] 4 All E.R.

R v Chief Constable of Sussex, ex p International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 AC 418

R v Cotswold Parish Council, ex p Barrington Parish Council [1997] EGCS 66, 75 P & CR 515

R v Coventry Airport Ex p. Phoenix Aviation [1995] 3 All E.R. 37

R v Criminal Injuries Compensation Board Ex p. Lain [1967] 2 B.B. 864

R v Director of Public Prosecutions, Ex p C [1995] 1 Cr App R 136

R v Director of Public Prosecutions, Ex p Manning [2001] QB 330

R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan (1993) 1 W.L.R. 909

R v Derbyshire CC Ex p. Noble [1990] I.C.R. 808

R v Durham CC Ex p. Huddleston [2000] Env. L.R. D20

R v Durham City Council Ex p. Robinson [1992] N.P.C. 5, Times, 31 January 1992.

R v Education Committee of Blackpool Borough Council, ex p Taylor [1999] ELR 237

R v Electricity Commission Ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd [1924] 1 K.B. 171

R v Fulham, Hammersmith and Kensington Rent Tribunal Ex p. Zerek [1951] 2 K.B. 1

R v Governor of Brockhill Prison, ex parte Evans (No.2) [2001] 2 AC 19

R v Home Secretary ex p. Khawaja [1984] AC 74

R v Hillingdon LBC Ex p. Puhlhofer [1986] AC 484

R v Hunt [1987] A.C. 352

R v Independent Broadcasting Authority Ex p. Whitehouse (1985) Times, April 4

R v Independent Television Commission Ex p. Flextech Plc [1999] E.M.L.R. 880.

R v Independent Television Commission ex parte TSW [1996] E.M.L.R. 291

R v Independent Television Commission ex p TVNI Ltd (1991) Times, 30 December

R v Independent Television Commission ex parte Virgin Television Ltd 25 January 1996

R v Inland Revenue Commissioners Ex p. MFK Underwriting Agents Ltd [1990] 1 W.L.R. 1545

R v Inland Revenue Commissioners Ex p. Matrix Securities Ltd [1994] 1 W.L.R. 334.

R v Institute of Chartered Accountants in England and Wales, ex p Andreou (1996) 8 Admin LR 557, [1996] COD 489.

R v International Stock Exchange of the UK and the Republic of Ireland Ltd [1993] B.C.C. 11

R v Islington LBC Ex p. Rixon [1997] E.L.R. 66

R v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council. ex p Grillo (1996) 28 HLR 94

R v Leicestershire Fire Authority, ex p Thompson (1979) 77 LGR 373, DC

R v Life Assurance Unit Trust Regulatory Organisation Ex p. Ross [1992] 3 W.L.R. 549

R v London Borough of Barnet ex p B [1994] ELR 357, 372 G

R v London County Council Ex p. The Entertainments Protection Association Ltd [1931] 2 K.B. 215

R v Lord President of the Privy Council Ex p. Page [1993] A.C. 682

R v Metropolitan Police Commissioner ; Ex parte Parker [1953] 2 All ER 717

R v Milk Marketing Board Ex p. Noth [1934] 50 T.L.R. 559

R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Ex p. Monsanto Plc (No.2) [1999] Q.B. 1161

R v Ministry of Defence Ex p. Murray [1998] C.O.D. 134

R v Ministry of Defence ex p. Smith [1996] QB 517, spéc. 554E – G.

R v Minister of Health Ex p. Yaffe [1930] 2 K.B. 98

R v North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2001] Q.B. 213 : « Nursing care : legitimate expectations : respect for home », Public Law, 1999, Win, pp. 749-750 ; P. Craig, S. Schonberg « Substantive legitimate expectations after Coughlan », Public Law, 2000, Win, pp. 684-701 ; N. Sheldon, P. Havers, « Politicians' promises and abuse of power », Judicial Review, 2000, 5 (2), pp. 96-99 ; M. Elliott, « Coughlan : substantive protection of legitimate expectations revisited », Judicial Review, 2000, 5 (1), pp. 27-32

R v Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p Shaw [1952] 1 KB 338 at 352, [1952] 1 All ER 122

R v Parole Board Ex p. Wilson [1992] Q.B. 740

R v Patents Appeal Tribunal, ex p Swift & Co [1962] 2 QB 647, [1962] 1 All ER 610

R v Pwllheli Justices Ex p. Soane [1948] 2 All E.R. 815

R v Rand (1865-66) L.R. 1 Q.B. 230

R v Secretary of State for Trade and Industry Ex p. Lonrho Plc [1989] 1 W.L.R. 525

R v Secretary of State for the Environment ex p. Tower Hamlets LBC [1993] QB 632 ;

R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions & Midland Expressway Limited [1999] Env. L.R. 447

R v Secretary of State for the Home Department, ex p Benwell [1985] QB 554, [1984] 3 All ER 854

R v Secretary of State for the Home Department Ex. p. Brind [1991] 1 A.C. 696

R v Secretary of State for the Home Department Ex p. Doody [1994] 1 A.C. 531

R v Secretary of State for the Home Department Ex p. Hargreaves [1997] 1 All E.R. 397

R v Secretary of State for the Home Department Ex p. Onibiyo [1996] Q.B. 768

R v Secretary of State for the Home Department ex p Venables [1998] AC 407

R v Secretary of State for Social Services, Ex p Hincks (1980) 1 BMLR 93

R v Solicitors' Disciplinary Tribunal, ex parte Gallagher (unreported), 30 september 1991

R v Somerset CC, ex p Fewings (1995) 1 WLR 1037

R v Statutory Committee of the Pharmaceutical Society of Great Britain [1981] 2 All ER 805

R v Sutton Borough Council ex p Hamlet (unrep.)

R v The Director General of Telecommunications [1999] E.C.C. 314

R v Walker (1875) L.R. 10 Q.B. 355

R v Wear Valley District Council, ex p. Binks, [1985] 2 All E.R. 699

R v Yorkshire RHA Ex p. Suri Times, December 5, 1995

R (on the application of Adlard) v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions [2002] EWCA Civ 735

R (on the application of Agnello) v Hounslow LBC [2003] EWHC 3112 (Admin)

R (on the Application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2001] 2 All ER 929

R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, (2001) Q.B. 1067 : S. Palmer, « They Made a Dessert and Called it Peace : Banishment and the Royal Prerogative », 2001, Cambridge Law Journal, p. 234

R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs or Bancoult (No. 2) (2008) UKHL 61

R (on the application of Beer) v Hampshire Farmers Market Ltd [2003] EWCA Civ 1056

R (on the application of Beeson) v Dorset CC [2002] EWCA Civ 1812

R (on the application of Bermingham) v Director of the Serious Fraud Office [2007] QB 727

R (on the application of Bewry) v Norwich City Council [2002] H.R.L.R. 2

R (on the application of Bonhoeffer) v General Medical Council [2011] EWHC 1585 (Admin)

R (on the application of Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28.

R (on the application of Cityhook Ltd) v Office of Fair Trading [2009] EWHC 57

R (on the application of Ewing) v Department for Constitutional Affairs [2007] A.C.D. 20

R (on the application of Exoteric Gas Solutions Ltd) v Gas & Electricity Market Authority (OFGEM) [2003] EWHC 2072 (Admin)

R (on the application of Fleurose) v Securities and Futures Authority Ltd [2001] EWCA Civ 2015

R (on the application of Friends Provident Life Office) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] EWHC Admin 820.

R (on the application of Haggerty) v St Helens BC [2003] H.L.R. 69

R (on the application of Heather) v Leonard Cheshire Foundation [2002] 2 All E.R. 936

R (on the application of Kathro) v Rhondda Cynon Taff CBC [2001] EWHC Admin 527.

R (on the application of L) v Prosthetists and Orthotists Board [2001] EWCA Civ 837

R (on the application of McLellan) v Bracknell Forest BC [2001] EWCA Civ 1510

R (on the application of MR (Pakistan)) (FC) v The Upper Tribunal (Immigration & Asylum Chamber) and Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 28

R (on the application of Phillips) v General Medical Council [2004] EWHC 1858 (Admin)

R (on the application of Royal Mail Group Plc) v Postal Services Commission [2008] EWCA Civ 33

R (on the application of Scottish Power Energy Management Ltd v Gas and Electricity Markets Authority [2005] EWHC 2324 (Admin)

R (on the application of West) v Parole Board [2005] UKHL 1

R (on the application of Wooder) v Feggetter [2002] EWCA Civ 554 [2003] QB 219.

Railtrack Plc (In Administration) (n° 2) [2002] 1 W.L.R. 3002 ; U.L.R. 2003, 13 (3), 101-102

Rapture Television Plc v Office of Communications [2008] CAT 6

Re Fremington School (1846) 10 Jur. (O.S.) 512

Re Wiseman, Re Manchester Corp'n Cab Committee (1886) 3 TLR 12

Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council [1976] 1 W.L.R. 1052

Regina v British Broadcasting Corporation [1983] 1 W.L.R. 23

Regina v Gaming Board for Great Britain, Ex parte Benaim and Khaida [1970] 2 Q.B. 417

Regina v Hertfordshire County Council [2000] 2 W.L.R. 373

Regina v Knightsbridge Crown Court, Ex parte International Sporting Club (London) Ltd. and Another [1982] Q.B. 304

Regina v Medical Appeal Tribunal. Ex parte Gilmore [1957] 1 Q.B. 574

Regina v North and East Devon Health Authority [2001] Q.B. 213

Regina v Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin Plc. and Another [1987] 2 W.L.R. 699. V. les comm. C. F. Forsyth, « The scope of judicial review : « public duty » not « source of power » », Public Law, 1987, pp. 356 suiv. ; R. Falkner, « Judicial review of the Take-over Panel and self-regulatory organisations », Journal of International Banking Law, 1987, pp. 103 suiv. ; T. Lowe, « Public law and self-regulation », Company Lawyer, 1987, pp. 115 suiv. ; P. Cane, « Self regulation and judicial review », Civil Justice Quarterly, 1987, pp. 324 suiv..

Regina v Secretary of State for Education and Science, Ex parte Avon County Council [1991] 2 W.L.R. 702

Regina v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Northumbria Police Authority [1988] 2 W.L.R. 590

Regina v Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd. and Others (n° 2) [1990] 3 W.L.R. 818 [1991] 1 A.C. 603

Regina (Association of British Civilian Internees : Far East Region) v Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473

Regina (Coke-Wallis) v Institute of Chartered Accountants in England and Wales [2011] UKSC 1

Regina (Corner House Research and another) v Director of the Serious Fraud Office [2008] 3 WLR 568

Regina (H) v Ashworth Special Hospital Authority [2002] EWCA Civ 923.

Regina (Redgrave) v Commissioner of Police of the Metropolis [2003] EWCA Civ 4

Regina (Wright) v Secretary of State for Health and another [2008] Q.B. 422

Rex v Harris (1791) 4 Term Rep. 202

Rex v Legislative Committee of the Church Assembly Ex parte Haynes-Smith [1928] 1 K.B. 411

Rey v Government of Switzerland [1999] 1 AC 54

Ridge v Baldwin [1963] 2 W.L.R. 935

Rowling v Takaro Properties Ltd [1988] A.C. 473

Roy v Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee [1992] 1 A.C. 624

Royal Mail Group Plc v Postal Services Commission [2007] EWHC 1205 (Admin)

Royal Mail Group Plc v The Postal Services Commission [2008] EWCA Civ 33

Roynance v General Medical Council (No.2) [2000] 1 A.C. 311

Runa Begum v Tower Hamlets London Borough Council [2003] UKHL 5 : C. F. Forsyth, « Procedural justice in administrative proceedings and Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », Cambridge Law Journal, 2003, p. 244

ScottishPower Energy Management Ltd v Gas and Electricity Markets Authority [2005] EWHC 2324 (Admin)

Secretary of State for Education and Science v Tameside MBC [1977] A.C. 1014

Sengupta v Holmes [2002] EWCA Civ 1104

Shabana Shaheen v The Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1294

Sharma v Brown-Antoine [2007] 1 WLR 780

Sharp v The Law Society of Scotland 1984 S.C. 129

Shelfer v City of London Electric Lighting Co. (1985) 1 Ch 287

Shell Company of Australia, Limited v Federal Commissioner of Taxation [1931] A.C. 275
 Short v Poole Corporation [1926] Ch. 66, 90, 91
 Smith v East Elloe Rural District Council [1956] 2 W.L.R. 888
 Smith v Inner London Education Authority [1978] 1 All E.R. 411
 Solicitors Regulation Authority v Dennison [2011] EWHC 291
 Starrs v Ruxton 2000 J.C. 208
 Stefan v General Medical Council [1999] 1 WLR 1293
 Stevenson v United Road Transport Union [1977] 2 All E.R. 941
 Stewart v Perth and Kinross Council [2004] UKHL 16
 Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens, avec le comm. de D. Halpern, The Modern Law Review, (2010) 73 (3) 487-493
 Storer v British Gas Plc [2000] 1 W.L.R. 1237
 Stovin v Wise [1996] A.C. 923
 Susannah Sharp v Wakefield and Others [1891] A.C. 173
 T-Mobile (UK) Ltd v British Telecommunications Plc [2008] CAT 12
 T-Mobile (UK) Ltd and another v Office of Communications [2009] 1 W.L.R. 1565
 T-Mobile & Telefónica v Ofcom [2008] EWCA Civ 1373 [2009] 1 WLR 1565
 Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau Detention Centre [1997] AC 97
 Telecom Corporation of New Zealand Ltd & Ors v Clear Communications Ltd [1994] C.L.C. 1312
 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1972] A.C. 153
 The Attorney-General v The Edison Telephone Company of London (Limited) (1880-81) L.R. 6 Q.B.D. 244
 (The Boucraa) [1994] 1 A.C. 486
 The European Gateway [1986] 3 W.L.R. 756
 The Earl of Lonsdale v Nelson and Others (1823) 107 E.R. 396
 The King v Woodhouse and Others (Justices of Leeds) [1906] 2 K.B. 501
 The King v Electricity Commissioners [1924] 1 K.B. 171
 The King v Sussex Justices [1924] 1 K.B. 256
 The King (at the Prosecution of Arthur Zadig) v Halliday [1917] A.C. 260
 The Queen v Committee for the Commonwealth of Canada (1991) 77 DLR (4th) 358
 The Queen v Davey and Others [1899] 2 Q.B. 301
 The Queen v Sharman and Others [1898] 1 Q.B. 578
 The Queen v Justices of Manchester [1899] 1 Q.B. 571

The Queen on the application of Birmingham and Solihull Taxi Association, Sajid Butt v Birmingham International Airport Limited [2009] EWHC 1913 (Admin)

The Queen on the Application of Data Broadcasting International Limited, Simpleactive Limited v The Office of Communications [2010] EWHC 1243 (Admin)

The Queen on the application of London and Continental Stations and Property Limited v The Rail Regulator [2003] EWHC 2607 (Admin)

The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications [2003] EWHC 1566 Admin

The Queen on the Prosecution of Shaw v Lee and Others, Justices of Wakefield (1881-82) L.R. 9 Q.B.D. 394

The Queen v Marsham [1892] 1 Q.B. 371

The Queen v The Commissioners for Special Purposes of the Income Tax (1888) L.R. 21 Q.B.D. 313

Thorne v. B.B.C. (1967) 1 W.L.R. 1104

Thrasvoulou v Secretary of State for the Environment [1990] 2 AC 273

Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England (n° 3) [2001] UKHL 16

Tottenham Urban District Council v. Williams and Sons Ltd. [1896] 2 Q.B. 353

Vodafone Ltd and others v British Telecommunications plc [2010] EWCA Civ 391

Waddington v Miah (otherwise Ullah) [1974] 1 W.L.R. 683

Wallasey Local Board v. Gracey (1887) 36 Ch.D. 593

Warner v Metropolitan Police Commissioner [1968] 2 All E.R. 356

Warwickshire County Council v. British Railways Board, [1969] 1 W.L.R. 1117.

Weinberger v. Inglis [1919] A.C. 606

Wheeler v Leicester City Council [1985] 3 W.L.R. 335

White, Redfern (1879-80) L.R. 5 Q.B.D. 15

Wholesale Travel Group Inc. (1991) 84 DLR (4th) 161

Wilkes v Wood (1763) Lofft 1

William Dimes v The Proprietors of the Grand Junction Canal (1852) III House of Lords Cases 759

Winsor v Bloom [2002] EWCA Civ 955

WL (Congo) & KM (Jamaica) [2011] UKSC 12

Wolverhampton New Waterworks Co. v. Hawkesford (1859) 28 LJCP 242

Wood v Ealing L.B.C. (1967) Ch. 487

Wood v Woad and Others (1873-74) L.R. 9 Ex. 190

Wright J in Sherras v De Rutzen [1895] 1 QB 918

Yew Bon Tew v Kenderaan Bas Maria [1983] 1 A.C. 553
X (Minors) v Bedfordshire CC [1995] 2 A.C. 633
YL v Birmingham City Council [2008] 1 A.C. 95
Yuen Kun Yeu v Attorney General of Hong Kong [1988] A.C. 175

III — Autres juridictions

A — Juridictions canadiennes (Cour suprême du Canada)

Brown v British Columbia (1994) D.L.R. (4th) 1

B — Juridictions américaines

Bell v Maryland, 378 US 226

Continental T.V., Inc. v GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977)

Duquesne Light Co. v Barasch, 488 U.S. 299, 315 (1989)

Federal Power Commission. v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S. 591, 605 (1944)

Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board, 561 U. S. ____ (2010) : J.-B. Auby, « Remarques terminales » au colloque sur « Les autorités administratives indépendantes », RFDA 2010 p. 931

Harrison v Carswell (1976) 62 DLR (3d) 68

Hush-A-Phone v United States, 238 F.2d 266 (D.C. Cir. 1956)

Jones v SEC, 298 U.S. 1 (1936)

MCI Communications Corp. v AT & T, 708 F.2d 1081

Munn v Illinois, 94 U.S. 113 (1876)

Olympia Equipment Leasing Co. v Western Union Telegraph Co 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986)

Otter Tail Power Co. v United States, 410 U.S. 366 (1973)

Verizon Comm., Inc. v Federal Communications Commission, 535 U.S. 467, 523 (2002).

United States v Grimaud 220 US 506

C — Juridictions belges

Conseil d'État, Section du contentieux administratif, 7 avril 2011, ville de Wavre c. Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG), n° 212.557

IV — Juridictions européennes

A — Tribunal de première instance de l'Union européenne

- T.P.I.C.E., 18 septembre 1992, Automec Srl, aff. T-24/90, Recueil p. II-2223 : JCP G 1993, I, n° 3666, p. 159, obs. Boutard-Labarde M.-Ch..
- T.P.I.C.E., 15 septembre 1998, European Night Services Ltd et autres, aff. T 374, 375, 384 et 388/94, Recueil p. II-03141
- T.P.I.C.E., 28 février 2002, Atlantic Container Line e.a. c. Commission, T-395/94, JO C 144 du 15.06.2002, p. 33
- T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, Alrosa c. Commission, aff. T-170/06, JO C 212 du 2.9.2006
- T.P.I.C.E., Gde ch., 17 septembre 2007, Microsoft e.a. c/Commission, aff. 201/04, Recueil p. II-03601
- T.P.I.C.E., (cinquième chambre), ord., 12 décembre 2007, Vodafone España, SA et Vodafone Group plc c. Commission des Communautés européennes, aff. T-109/06, JO C 51 du 23.2.2008, p. 42
- T.P.I.C.E., (huitième chambre), ord., 22 février 2008, Base NV c. Commission des Communautés européennes, aff. T-295/06, JO C 107 du 26.4.2008, p. 26
- Trib. U.E., ord., 24 novembre 2010, Concord Power Nordal c. Commission, aff. T – 317/09, JO C 30 du 29.1.2011, p. 39
- Trib. U.E., ord., 24 novembre 2010, RWE Transgas c. Commission, aff. T 381/09, JO C 30 du 29.1.2011, pp. 39 – 40 : P. Cardonnel, « Régulation : Le Tribunal de l'UE considère qu'une demande de la Commission visant à ce qu'une autorité nationale de régulation modifie une dérogation (art. 22 du règlement 2003/55) n'est pas un acte attaquant (Concord Power Nordal ; RWE Transgas) », Concurrences, n° 1-2011, n° 34321, p. 192.

B — Cour de justice de l'Union européenne

- C.J.C.E., 15 mars 1967, Cimenteries CBR c. Commission, aff. jointes 8 à 11/66, Rec. 93
- C.J.C.E., 4 avril 1968, Fink-Frucht c. Hauptzollamt München, 27/67, Rec. p. 327
- C.J.C.E., 19 décembre 1968, Société par actions Salgoil contre ministère du Commerce extérieur de la République italienne, aff. 13-68, Recueil p. 661
- C.J.C.E., 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125
- C.J.C.E., 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen., aff. 39/70, Recueil p. 49
- C.J.C.E., 15 décembre 1971, International Fruit Company, aff. 51 à 54/71, Recueil p. 1116
- C.J.C.E., 6 juin 1972, Schlüter, aff. 94/71, Recueil p. 307
- C.J.C.E., 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73,

Recueil p. 01663 : A. Dashwood, D. Guy, H. Laddie, G. I.F. Leigh, « The Sugar Industry Marathon », *European Law Review* 1976 pp. 479-499 ; L. Focsaneanu, « Gigantisme juridique : l'arrêt-fleuve du 16 décembre 1975 de la Cour de justice des Communautés européennes concernant les affaires « Industrie européenne du sucre » », *La Semaine juridique — édition entreprise* 1976, I, 12168 ; D.F. Murphy, « Some Observations on the Sugar Cases », *Common Market Law Review* 1977 pp. 45-71 ; P. Krsjak, « Remarques relatives à la décision de la Cour de justice du 16 décembre 1975 ayant pour objet l'application des art. 85 et 86 du traité des Communautés économiques européennes concernant l'industrie du sucre », *Gazette du Palais* 1977 III Doct. pp. 4-7 ; R. Kovar, *Journal du droit international* 1977 p. 216-230.

C.J.C.E., 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland, aff. 33-76, Recueil 1976, p. 1989

C.J.C.E., 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c. Commission [Vitamines], aff. 85/76, Recueil p. 461

C.J.C.E., 20 février 1979, Buitoni, aff. 8/77, Rec. 1495

C.J.C.E., 5 mars 1980, Ferwerda, aff. 265/78, Rec., 617

C.J.C.E., ord., 18 juin 1980, Borker, 138/80, Recueil p. 1975

C.J.C.E., 7 juillet 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen contre Hauptzollamt Kiel, aff. 158/80, Recueil 1981, p. 1805

C.J.C.E., 11 novembre 1981, IBM c/Commission, aff. 60/81, Rec. 2639

C.J.C.E., 28 mars 1984, Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH contre Commission des Communautés européennes, aff. 29/83 et 30/83, Recueil p. 01679 : J. Faull, *European Law Review* 1984, pp.447-449 ; K. Hendry, Keith, « Article 85 EEC and Changes in an Enterprise's Formal Identity, Re-export Clauses and Mutual Supply Contracts », *European Law Review*, 1985, pp.187-190

C.J.C.E., 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, aff. 14/83, Recueil 1984, p. 1891

C.J.C.E., 10 juillet 1984, Regina c. Kirk, aff. 63/83, Recueil p. 2689.

C.J.C.E., 25 septembre 1984, Karl Könecke GmbH & Co. KG, aff. 117/83, (Recueil, p. 03291)

C.J.C.E., 20 mars 1985, République italienne c/Commission, aff. 41/83 concl. Darmon M., 16 janvier 1985, Rec. 1985 p. 873 ; R. Schulte-Braucks, « L'arrêt « British Telecom » : première pierre d'un droit européen des télécommunications », *R.M.C.*, 1986, p. 594 ; M. Ross, « The B.T. Case : A Shot in the Arm for EEC Competition Policy in the Public Sector », *European Law Review* 1985 pp.457-462 ; R. Schulte-Braucks, *European Telecommunications Law in the Light of the British Telecom Judgment*, *Common Market Law Review* 1986 pp. 39-59.

C.J.C.E., 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen, aff. 294/83, Recueil 1986, p. 1339

C.J.C.E., 15 mai 1986, Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, Recueil 1986, p. 1651

C.J.C.E., 24 juin 1986, Rudolf Anterist contre Crédit lyonnais, aff. 22/85, Recueil p. 01951

C.J.C.E., 24 juin 1986, Akzo, aff. 53/85, Recueil 1986 page 01965 : Recueil Dalloz Sirey 1986 IR. pp. 451-452, note L. Cartou ; European Law Review 1987 pp. 199-207, note J. Shaw.

C.J.C.E., 10 juillet 1986, Belgique c. Commission, aff. 234/84, Recueil p. 2263

C.J.C.E., 5 février 1987, Plange Kraftfutterwerke, 288/85, Recueil p. 611

C.J.C.E., 12 mars 1987, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, aff. 178/84, Recueil, p. 1227

C.J.C.E., 18 novembre 1987, Maizena, 137/85, Recueil p. 4587

C.J.C.E., 21 septembre 1989, Commission des Communautés européennes contre République hellénique, aff. 68/88, Recueil p. 02965

C.J.C.E., 18 octobre 1989, aff. C-374/87, Orkem c/Commission : Rec. CJCE 1989, I, p. 3343

C.J.C.E., 12 décembre 1990, Vandemoortele c. Commission, aff. C-172/89, Recueil p. I. 4677

C.J.C.E., 19 juin 1990, Factortame et autres, aff. C-213/89, Rec. I. 2433 : D. Simon, A. Barav, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame », Rev. Marché commun 1990, p. 591.

C.J.C.E., 21 février 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, Recueil I. 415

C.J.C.E., 19 mars 1991, République française c. Commission, aff. C-202/88, concl. G. Tesaurò, 13 février 1990, Rec., p. I-1223 ; V. les commentaires de M. Bazex, « L'article 90 § 3 du Traité CEE ou le grand chambardement », Gaz. Pal., 1991, III, p. 271 ; M. de Guillenchmidt, J.-C. Bonichot, L.P.A., 1991, n° 62, p. 26 ; A. Fiquet, C.J.E.G., 1992, p. 43 ; M.-A. Hermitte, J.D.I., 1992, p. 463 ; P. Le Mire, A.J.D.A., 1991, p. 540 ; A. Mattera, « L'arrêt « Terminaux de télécommunications » du 19 mars 1991 : interprétation et mise en œuvre des articles 30, 36 et 90 du traité CEE », R.M.U.E., 1991, n° 3, p. 245 ; D. Nedjar, « Les compétences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques », R.F.D.A., 1992, p. 291.

C.J.C.E., 11 juillet 1991, A. Verholen et autres contre Sociale Verzekeringsbank Amsterdam, C-87/90 à C-89/90, Recueil, p. I-3757

C.J.C.E., 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. C-6/90 et C-9/90, AJDA 1992. 143, note P. Le Mire, RFDA 1992.1, note L. Dubouis, JCP 1992. 21783, note A. Barav, RTD eur. 1992. 27, note F. Schockweiler

C.J.C.E., 27 novembre 1991, Italtrade, C-199/90, Recueil p. I-5545

C.J.C.E., 13 décembre 1991, RTT c. GB INNO BM SA, aff. C-18/88, concl. M. Darmon, 15 mars 1989, Rec., p. I-5941 ; L. Gyselen, Common Market Law Review 1992 pp.1229-1245 ; Europe, fév.1992, Comm. n° 45 pp.7-8 et n° 66 p.14-15 ; B. Deleporte, Gaz. du Palais 1992 I Jur. pp. 469-473 ; Ch. Bolze, Droit communautaire de l'entreprise, RTDcom 1993 pp. 436-439 ; S. M. Taylor, Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition Law Review 1994 pp. 322-334.

C.J.C.E., 16 décembre 1992, Commission c. Grèce, C-210/91, Recueil p. I-6735

C.J.C.E., 14 janvier 1993, Italsolar c. Commission, aff. C-257/90, Rec. I. 9

C.J.C.E., 2 août 1993, M. H. Marshall contre Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, aff. C-271/91, Recueil p. I-04367

C.J.C.E., 27 octobre 1993, Procédure pénale c. Annick Taillandier, épouse Nény, aff. C-92/91, concl. Tesouro G., 3 juin 1992, Rec., p. I-5383 ; L. Hancher, C.M.L.R., 1994, p. 857 ; S.M. Taylor, « Article 90 and Telecommunications Monopolies, European Competition », E.L.R., 1994, p. 322.

C.J.C.E., 27 octobre 1993, M. le Procureur du Roi contre Jean-Marie Lagauche et autres, aff. jointes C-46/90 et C-93/91, Recueil, p. I-05267

C.J.C.E., 27 octobre 1993, Procédure pénale c. Francine Decoster, épouse Gillon, aff. C-69/91, concl. Tesouro G., 3 juin 1992, Rec., p. I- 5335, spéc. p. I-5362 ; L. Hancher, C.M.L.R., 1994, p. 857 ; S.M. Taylor, « Article 90 and Telecommunications Monopolie », E.L.R., 1994, p. 322.

C.J.C.E., 24 janvier 1995, Commission c. Pays- Bas, aff. C- 359/93, Recueil p. I- 157

C.J.C.E., 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann (R.T.E.) et a. c. Commission, aff. jointes C-241 et 242/91 P, Rec. I-743

C.J.C.E., 19 octobre 1995, Job Centre, dit « Job Centre I », C-111/94, Recueil p. I-3361

C.J.C.E., 26 octobre 1995, Siesse, C-36/94, Recueil p. I-3573

C.J.C.E., 9 novembre 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft E.A. [I], aff. C-465/93, Rec. I. 3761 ;

C.J.C.E., 9 nov. 1995, Fruchthandelsgesellschaft E.A. [II], aff. C-466/93, Rec. I. 3799, Europe janv. 1996, n° 18, obs. F.G. et D.S., JDI 1996. 471, obs. D.S..

C.J.C.E., 14 décembre 1995, van Schijndel et van Veen (C- 430/93 et C- 431/93, Rec. p. I- 4705)

C.J.C.E., 14 décembre 1995, Peterbroeck, Van Campenhout Cie SCS c. État belge, aff. C-312/93, Recueil p. I-4621

C.J.C.E., 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Recueil p. I-01029

C.J.C.E., 26 mars 1996, The Queen et H. M. Treasury ex parte British Telecommunications plc, aff. C-392/93, Recueil p. I-01631

C.J.C.E., 23 mai 1996, The Queen and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Hedley Lomas Ltd., aff. C-5/94, Recueil p. I-02553

C.J.C.E., 6e ch., 23 janvier 1997, Eckehard Pastoors et Trans-Cap GmbH contre Belgische Staat, aff. C-29/95, Recueil 1997, p. I-00285 : L. Idot, Europe 1997 Mars Comm. n° 92 p. 23 ; M. Luby, Chronique Journal du droit international 1998 p.507-508 ; J. H. Jans, « Proportionality Revisited » (2000) 27 Legal Issues of Economic Integration pp. 239 – 265

C.J.C.E., 22 avril 1997, Nils Draehmpaehl contre Urania Immobilienservice ohG, aff. C-180/95, Recueil p. I-02195

C.J.C.E., 1er ch., 8 juillet 1999, Maria Amélia Nunes et Evangelina de Matos, aff. C-186/98, Recueil p. I-04883

C.J.C.E., 5 octobre 1999, Royaume d'Espagne c. Commission, aff. C-240/9, Recueil p. I-06571

C.J.C.E., 16 mai 2000, Shirley Preston e.a. contre Wolverhampton Healthcare NHS Trust e.a. et Dorothy Fletcher e.a. contre Midland Bank plc, C-78/98, Recueil p. I-3201

C.J.C.E., 27 novembre 2001, Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche, aff. C-424/99, Recueil 2001, p. I-09285

C.J.C.E., 13 décembre 2001, Telefónica de España/Administración General del Estado, aff. C-79/00, Recueil p. I-10075

C.J.C.E., ord., 22 janvier 2002, Holto, C-447/00, Recueil p. I-735

C.J.C.E., 19 septembre 2002, Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique, C-221/01, Recueil p. I-7835, JO C 227 du 11.8.2001

C.J.C.E., 5e ch., 11 juillet 2002, Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas, aff. C-210/00, Recueil p. I-06453 : A. Rigaux, D. Simon, Europe, 01/10/2002, n° 10, p. 17

C.J.C.E., 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano c. Commission, aff. jointes C-74/00 P, C-75/00 P, Recueil p. I. 7869

C.J.C.E., 22 octobre 2002, SA Roquette Frères, aff. C-94/00, Recueil p. I-9001

C.J.C.E., 22 mai 2003, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH contre Telekom-Control-Kommission, en présence de Mobilkom Austria AG, aff. C-462/99, Recueil, p. I-05197 : Europe, 1er juillet 2003, n° 7, pp. 8-9, note D. Simon

C.J.C.E., 11 septembre 2003, Safalero Srl c. Prefetto di Genova, aff. C-13/01, Recueil p. I-8679

C.J.C.E., 7 janvier 2004, Aalborg Portland E.A. c. Commission, aff. jointes C-204/00 P et autres, Recueil p. I-123

C.J.C.E., 7 janvier 2004, The Queen, à la demande de Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions, C-201/02, Recueil, p. I-723

C.J.C.E., 29 avril 2004, IMS Health c. NDC Health, aff. C-418/01, Recueil p. I-05039

C.J.C.E., 12 octobre 2004, Paul, Sonnen-Lütte et Mörkens, aff. C-222/02, Recueil p. I-9425 : Europe 2004, obs. A. Bouveresse ; A. Bouveresse, « Droit communautaire et responsabilité extracontractuelle des autorités de régulation », Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2009, étude 17

C.J.C.E., 3 mai 2005, Berlusconi E.A., aff. jointes C-387/02 et autres, Recueil p. I. 3565

C.J.C.E., 13 septembre 2005, Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne, aff. C-176/03, Recueil p. I-07879

C.J.C.E., 6 octobre 2005, Telekom Austria, aff. C-256/05, points 10-12 (pas publié), JO C 10, 14.1.2006, p. 7

C.J.C.E., 13 juillet 2006, Mobistar SA contre Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), aff. C-438/04, Recueil, p. I-06675

C.J.C.E., 19 septembre 2006, i-21 Germany GmbH (C-392/04) et Arcor AG & Co. KG (C-422/04) contre Bundesrepublik Deutschland, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, Recueil, p. I-08559 : Europe n° 6, juin 2008, comm. 176, D. Simon.

C.J.C.E., 2e ch., 23 novembre 2006, Lidl Italia Srl contre Comune di Arcole (VR), aff. C-315/05, Recueil p. I-11181

C.J.C.E., 25 janvier 2007, Dalmine SpA, aff. C-407/04, Recueil p. I-829

C.J.C.E., 8 mars 2007, Campina, aff. C-45/06, Recueil p. I. 2089

C.J.C.E., 7 juin 2007, van der Weerd e.a., C- 222/05 à C- 225/05, Recueil p. I- 4233

C.J.C.E., 1e ch., 5 juillet 2007, Nttonik Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis et Ioannis Michail Pikoulas contre Epitropi Kefalaiagoras, aff. C-430/05, Recueil p. I-05835

C.J.C.E., 18 juillet 2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, aff. C-277/05, JO C 211 du 08.09.2007 p. 5

C.J.C.E., 2° ch., 21 février 2008, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, aff. C-426/05, Recueil p. I-00685 : H. Weyer, « Case C-426/05, Tele2 Telecommunication GmbH v. Telekom-Control-Kommission, Judgment of the Court (Second Chamber) of 21 February 2008, [2008] ECR I-685 » (2009) 46 Common Market Law Review pp. 1737 – 175 ; M. Eliantonio, Georg Glavanovits, « EU Law and Access to Court : The Experience of Austria in the Telecommunications Sector » (2011) 17 European Public Law pp. 51 – 60 ; F. Kauff-Gazin, « Concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective », Europe n° 4, avril 2008, comm. 108.

C.J.C.E., 2e ch., 6 mars 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contre Administración del Estado, n° C-82/07

C.J.C.E., 22 avril 2008, Commission c. Salzgitter, aff. C-408/04 P, JO C 142 du 07.06.2008 p. 2

C.J.C.E., 15 avril 2008, Impact, aff. C- 268/06, Recueil p. I- 2483

C.J.C.E., 24 avril 2008, Arcor AG c. Allemagne et Deutsche Telekom, aff. C-55/06 : L. Idot, « Abus de position dominante, accès à la boucle locale et effet de ciseaux dans le secteur des télécommunications », Europe n°6, juin 2008, comm. 201 ; M. Bazex, « Vers des « conflits de loi » entre la régulation concurrentielle générale et la régulation sectorielle ? », Droit Administratif n° 2, Février 2011, comm. 22

C.J.C.E., 2e ch., 10 juillet 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV, aff. C-54/07, Recueil p. I-05187

C.J.C.E., 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, Recueil p. I-6351

C.J.C.E., 13 novembre 2008, Commission c. Pologne, aff. C-227/07, Recueil, p. I-8403

C.J.C.E., 25 novembre 2008, Heemskerk et Schaap, aff. C-455/06, Rec. I. 8763 : Europe n° 7, juillet 2009, étude 7, note S. Cazet ; Europe n° 1, janvier 2009, comm. 6, note A. Rigaux

C.J.C.E., 15 janvier 2009, K-1 sp. z o.o. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, affaire C-502/07, Recueil p. I-00161

C.J.C.E., 3e ch., 23 avril 2009, Kiriaki Angelidaki e.a. contre Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis e.a., aff. jointes C-378/07, C-379/07 et C-380/07, Recueil p. I-03071

C.J.C.E., 6 octobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Rodríguez Nogueira, aff. C-40/08, JO C 282 du 21.11.2009, p. 7 – 8

C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, aff. C-192/08, JO C 11 du 16 janvier 2010, p. 3 ; Recueil p. I-10717

C.J.C.E., 12 novembre 2009, TeliaSonera Finland Oyj, aff. C-192/08, JO C 11 du 16 janvier 2010, p. 3 : Europe n° 1, janv. 2010, comm. 31, note L. Idot

C.J.C.E., 3 décembre 2009, Commission c. Allemagne, aff. C-424/07, J.O.U.E., 1/5/2010, C 113/3

C.J.C.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck/Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), C-45/08, Recueil p. I-12073 : D. Schmidt, « Une notion controversée : l'utilisation d'une information privilégiée. Précisions sur les sanctions », Bull. mensuel d'information des sociétés Joly, 01/04/2010, n°4, pp. 346 - 360 ; Y. de Cordt, P. Colard, Chronique de droit européen des sociétés (Année 2009) ; Journal de droit européen, 01/03/2010, n° 167, pp. 85 -89 ; Europe, 01/02/2010, n° 2, pp. 24-25, note L. Idot ; Banque et Droit, 01/01/2010, n° 129, pp. 27-29 ; A. Lienhard, Recueil Dalloz Sirey, 01/01/2010, n°2, p. 85 ; Martin Böse, « Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 23 December 2009 », (2011) 48 Common Market Law Review, pp. 189 – 201

C.J.U.E., 9 mars 2010, Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne, affaire C-518/07, J.O.U.E., 1er mai 2010, C 113/3, Recueil p. I-01885

C.J.U.E., 18 mars 2010, Alassini, C-317 à 320/08, D. 2011. 265, obs. N. Fricero ; ibid. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron

C.J.U.E., 29 juin 2010, aff. C-441/07 P, Alrosa company Ltd, concl. Av. Gén. Mme J. Kokott, 17 sept. 2009 : P. Kipiani, « Les engagements, vers un droit « négocié » en matière de pratiques anticoncurrentielles », Contrats, conc., consom. 2010, n° 12, Étude n° 13, p. 6 ; L. Idot, « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », Europe 2010, n° 10, comm. n° 322, p. 27 ; G. Muguet-Poullenc, E. Barbier de La Serre, « La procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises

C.J.U.E., 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne, aff. C-550/07 P (J.O. n° C 301 du 06/11/2010 p. 2) : M. J. Frese, « The development of general principles for EU competition law enforcement — the protection of legal professional privilege », European Competition Law Review, 2011, 32 (4), pp. 196-205 ; RTDEur., 2011, 47 (1), p. 172, note F. Benoît-Rohmer

CJUE, 6 octobre 2010, aff. C-222/08, Commission contre Royaume de Belgique, concl. Pedro Cruz Villalón : Europe 2010, comm. 418, A. Bouveresse ; Revue juridique de l'économie publique n° 689, Août 2011, comm. 41, comm. H. Delzangles

CJUE, 6 octobre 2010, aff. C-389/08, Base NV et a., concl. Pedro Cruz Villalón : Europe 2010, comm. 418, A. Bouveresse ; Revue juridique de l'économie publique n° 689, Août 2011, comm. 41, comm. H. Delzangles

C.J.U.E., 25 novembre 2010, Günter Fuß c. Stadt Halle, C- 429/09 : Revue trimestrielle de droit européen 2011 p. 173, spéc. p. 184, note J. Coutron

C.J.U.E., 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood-en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) v.z.w., C-439/08, non encore publié au Recueil : JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 14 avril 2011, n° 15, p. 24, note G. Decocq ; Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2011, dossier 2, n° 7, obs. E. Claudel ; Journal du droit international (Clunet) n° 2, avril 2011, chron. 4, n° 27, note C. Prieto ; Concurrences, N° 1-2011, n° 34233, pp. 179-181, note A. Maitrepierre ; European Competition Law Review 2011, 32 (6), 285-296, note F. Rizzuto ; P. Van Cleynenbreugel, « Transforming Shields into Swords: The VEBIC Judgment, Adequate Judicial Protection Standards and the Emergence of Procedural Heteronomy in EU Law », Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2011, vol. 18, n° 4, p. 511

C.J.U.E., 20 janv. 2011, Repsol Quimica SA et alii, n° C-90/09 P, Bulletin Joly Sociétés, 1er avril 2011, n° 4, note G. Decocq

C.J.U.E., 25 octobre 2011, Solvay SA c. Commission européenne, aff. C- 109/10 P

C.J.U.E., 24 novembre 2011, Commission c. Italie, aff. C-379/10

C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG c. Commission européenne, aff. C-272/09 P

C.J.U.E., 8 décembre 2011, Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commission européenne, aff. C-386/10 P

C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG c. Commission européenne, aff. C-389/10 P

C — Cour européenne des droits de l'homme

Commission E.D.H., 30 mai 1991, Société Stenuit c. France, n° 11598/85

Commission E.D.H., 8 mars 1994, ISKCON c. Royaume-Uni, n° 20490/92

Commission E.D.H., 27 juin 1994, n° 19133/91, Hayot c. France

Commission E.D.H., 17 octobre 1994, L.P. V. c. France, n° 21292/93

Commission E.D.H., 16 janvier 1996, Hauser c. Autriche, n° 26808/95, D.R. 84, p. 164

Commission E.D.H., 2e ch., 28 février 1996, Maryse Reynaud Escarrat, n° 22108/93

Commission E.D.H., 29 mai 1997, Jérôme Malige c. France, n° 27812/95

Commission E.D.H., 2e ch., 27 octobre 1998, Claude Monnard c. France, n° 33108/96

Commission E.D.H., 27 octobre 1998, Walter Munsch c. France, n° 32871/96

Commission E.D.H., 2 février 1999, Jean-François Roche c. France, n° 33560/96

C.E.D.H., 16 juillet 1971, Ringeisen c. Autriche, n° 2614/65

C.E.D.H., Cour Plénière, 8 juin 1976, Engel et al. c. Pays-Bas, n° 5100/71, Série A, n° 22 : CDE 1978, 364 chron. G. Cohen Jonathan ; JDI, 1978, p. 695 obs. P. Rolland ; Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, n°4

C.E.D.H., 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72, Série A, n° 24

C.E.D.H., 28 juin 1978, König c. Allemagne, n° 6232/73

C.E.D.H., 6 septembre 1978, Klass et autres c. R.F.A., Série A, n° 28

C.E.D.H., 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, n° 6878/75, Série A, n° 43

C.E.D.H. 10 février 1983, Albert et Le Compte, n° 7299/75, Série A, n° 58

C.E.D.H., 25 mars 1983, Silver et autres Série A, n° 61

C.E.D.H., 21 février 1984, Oztürk c. Allemagne, n° 8544/79, Série A, n°73, CDE, 1986 p. 212, obs. G. Cohen-Jonathan ; AFDI, 1985 p. 403, 416, obs. V. Cousirat-Coustère ; D. 1986, chron. 27, M. Delmas-Marty ; JDI, 1986, p. 1051, obs. P. Tavernier ; Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, n°24.

C.E.D.H., 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, n° 7819/77, Série A, n° 80

C.E.D.H., 22 octobre 1984, Sramek c. Autriche, n° 8790/79, Série A n° 84

C.E.D.H., 26 octobre 1984, De Cubber, n° 9186/80, Série A, n° 86

CEDH, 23 octobre 1985, Benthem, n° 8848/80, Série A, n° 97 : Clunet 1986. 1089, obs. Rolland

C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, W. c. Royaume-Uni, n° 9749/82, Série A n° 121

C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, B. c. Royaume-Uni, n° 9840/82, Série A n° 121

C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, O. c. Royaume-Uni, n° 9276/81, Série A n° 120

C.E.D.H., plén., 8 juillet 1987, R. c. Royaume-Uni, n° 10496/83, Série A n° 121

C.E.D.H., 16 juillet 1987, Howard c. Royaume-Uni, n° 10825/84

C.E.D.H., 25 août 1987, Lütz c. RFA, n° 9912/82, Série A n° 123 A

CEDH 27 octobre 1987, Pudas c. Suède, n° 10426/83, Série A, n° 125 : Clunet 1988. 877, obs. Tavernier

CEDH, 7 oct. 1988, Salabiaku c. France, n° 10519/83, Série A, n° 141-A

C.E.D.H., 27 avril 1989, Neves e Silva c. Portugal, série A n° 153 p. 14

CEDH 7 juillet 1989, Tre Traktörer Aktiebolag c. Suede, n° 10873/84, Série A, n° 159 : Clunet 1990. 732, obs. Tavernier

C.E.D.H., 19 décembre 1989, Mellacher et autres c. Autriche, n° 10522/83, 11011/84, 11070/84, Série A, n° 169, RTDH 1990. 387

C.E.D.H., 28 juin 1990, Obermeier c. Autriche, n° 11761/85, Série A n° 179

C.E.D.H., 30 octobre 1991, Borgers c. Belgique, n° 12005/86, Série A n° 214-B

C.E.D.H., 26 mars 1992, Éditions Périscope c. France, n° 11760/85, Série A, n° 234-B : JCP G 1993, I, 3654, chron. F. Sudre

C.E.D.H., 16 décembre 1992, Edwards, n° 13071/87, Série A, n° 247-B

C.E.D.H., 25 février 1993, Funke c. France, n° 10828/84, Série A, n° 256-A

C.E.D.H., 21 septembre 1993, Zumtobel c. Autriche, n° 12235/86, Série A n° 268A

C.E.D.H., 25 novembre 1993, Zander c. Suède, n° 14282/88, Série A, n° 279-B, Clunet 1994. 823

C.E.D.H., 24 février 1994, Bendenoun c. France, n° 12547/86, Série A, n° 284

C.E.D.H., 25 novembre 1994, Ortenberg, n° 12884/87, Série A, n° 295-B.

C.E.D.H., 26 avril 1995, Fischer c. Autriche, n° 16922/90, Série A, n° 312

C.E.D.H., 26 septembre 1995, Diennet c. France, n° 18160/91 : JCP G 1995, I, 3910, n° 25, note F. Sudre

C.E.D.H., 28 septembre 1995, Scollo c. Italie, n° 19133/91

C.E.D.H., 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg, n° 14570/89, Série A, n° 326 : J.-L. Autin, F. Sudre, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Procola c. Luxembourg du 28 septembre 1995) », R.F.D.A. 1996, p. 777-796 ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, « Commission et Cour européennes des droits de l'homme », Justices 1997, p. 212-215 ; V. Coussirat-Coustère, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », A.F.D.I. 1995, p. 485 et s. ; E. Decaux, P. Tavernier, J.D.I. 1996, p. 253-255. A. Sherlock, J. Andrews, European Law Review, Human Rights Survey 1996, p. 78 et s. ; D. Spielmann, « Le Conseil d'État luxembourgeois après l'arrêt Procola de la Cour européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 1996, p. 275-299 ; F. Sudre, J.C.P. 1996, édition générale, n° 8, I, 3910 ; F. Sudre et autres, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », R.U.D.H. 1996, p. 1 et suiv.

CEDH, 23 octobre 1995, Schmutz c. Autriche [et cinq autres aff.], n° 15523/89, Série A, n° 328-A à A 329-C

C.E.D.H., 22 novembre 1995, Bryan c. Royaume-Uni, n° 19178/91, Série A n° 335-A

C.E.D.H., 23 octobre 1995, Gradinger c. Autriche, n° 15963/90, Recueil A328-C

C.E.D.H., 8 février 1996, Murray c. Royaume-Uni, n° 18731/91, Recueil 1996-I

C.E.D.H., 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique, n° 19075/91, Recueil 1996-I

C.E.D.H., 20 février 1996, Lobo Machado c. Portugal, n° 15764/89, Recueil 1996-I

C.E.D.H., 22 février 1996, Putz c. Autriche, n° 18892/91, Recueil 1996-I

C.E.D.H., 17 décembre 1996, Terra Woningen BV c. Pays-Bas, n° 20641/92, Recueil 1996-VI

C.E.D.H., 29 août 1997, E. L., R. L. et J. O.-L. c/Suisse, n° 20919/92, Recueil 1997-V

C.E.D.H., 27 mars 1998, J. J. c. Pays-Bas, n° 21351/93, Recueil 1998-II

C.E.D.H., 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, n° 23043/93, Recueil 1998-II : D. 1998 Somm. p. 366, obs. G. Baudoux ; Procédures 1998, n° 177, note J. Buisson ; JCP G 1999, I, 105, chron. F. Sudre et II, 10074, note S. Soler ; RTD civ. 1998, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud

C.E.D.H., 30 juillet 1998, Oliveira c. Suisse, n° 25711/94, Recueil 1998-V

C.E.D.H., 23 septembre 1998, Malige c. France, n° 27812/95, Recueil 1998-VII : JCP G 1999, II, 10086, note F. Sudre

C.E.D.H., 3e sect., 2 février 1999, Louis Serny c. France, n° 34131/96

C.E.D.H., 27 septembre 1999, Smith et Grady c. Royaume-Uni, n° 33985/96 et 33986/96, Recueil 1999-VI

C.E.D.H., 28 octobre 1999, Escoubet c. Belgique, n° 26780/95, Recueil 1999-VII

C.E.D.H., 8 février 2000, McGonnell c. Royaume-Uni, n° 28488/95, Recueil 2000-II

C.E.D.H., 6 avril 2000, Athanassoglou c. Suisse, n° 27644/95, Recueil 2000-IV : R.T.D.H. 2000, p. 533, note P. Lambert ; JDI 2001, 175, note Fr. Darribehaude ; RFDA 2001/6, chron. H. Labayle et Fr. Sudre, p. 1252.

C.E.D.H., 22 juin 2000, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96, Recueil 2000-VII

C.E.D.H., 5 octobre 2000, Maaouia c. France, n° 39652/98, Recueil 2000-X

C.E.D.H., 3e sect., 7 novembre 2000, Kingsley c. Royaume-Uni, n° 35605/97

C.E.D.H., 14 novembre 2000, Riepan c. Autriche, n° 35115/97, Recueil 2000-XII

C.E.D.H., 18 janvier 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95

C.E.D.H., 10 mai 2001, Z. et autres c. Royaume-Uni, n° 29392/95, spéc. § 109.

C.E.D.H., 7 juin 2001, Kress c. France, n° 39594/98, Recueil 2001-VI : AJDA 2001. 675, note F. Rolin ; D. 2003.152, chr. S. Guinchard ; JCP 2001.II.10578, note F. Sudre ; RD publ. 2001.895, comm. Maubernard ; RD publ. 2001, p. 983-996, note Prétot ; RD publ. 2002.684, obs. Gonzalez ; D. 2001.2611, note Andriantsimbazovina ; D. 2001.2619, note R. Drago ; RFDA 2001.991, note B. Genevois ; RFDA 2001.1000, note J.-L. Autin et F. Sudre ; le Journal des droits de l'Homme, suppl. au journal « Les Annonces légales de la Seine » 9 août 2001, note Favreau ; RTDE 2001.727, note Benoit-Rohmer ; RTDH 2002.223, note Sermet ; Gaz. Pal. 4-5 oct. 2002, note Cohen-Jonathan, AJ 2007.1433, trib. Sermet ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, préc., n° 108-5 ; Droit processuel, préc., p. 828 ; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, Les grands arrêts du contentieux administratif, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2e éd., 2009, n°61-6

C.E.D.H., 17 janvier 2002, Josef Fischer c. Autriche, n° 33382/96

C.E.D.H., 14 mars 2002, Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni, n° 46477/99

C.E.D.H., 28 mai 2002, Kingsley c. Royaume-Uni, n° 35605/97, Recueil 2002-IV

C.E.D.H., 16 avril 2002, Société Colas Est et autres c. France, n° 37971/97, Rec. 2002- III

C.E.D.H., 11 juillet 2002, Göc c. Turquie, n° 36590/97, Recueil 2002-V

C.E.D.H., 26 juillet 2002, Meftah et autres c. France, n° 32911/96, Recueil 2002-VII, : Europe 2002, n° 3999 obs. N. Deffains ; A.J.D.A., 2002, p. 1279, obs. J.-F. Flauss, RDP 2003, p. 689, obs. S. Soler

C.E.D.H., 2e sect., 27 août 2002, Didier c. France, n° 58188/00 : La Semaine Juridique Édition Générale n° 46, 12 novembre 2003, II 10177, note G. Gonzalez

C.E.D.H., 28 novembre 2002, Lavents c. Lettonie, n° 58442/00

C.E.D.H., 3 décembre 2002, Berger c. France, n° 48221/99, Recueil 2002-X, : RD publ. 2003, p. 3, obs. C. Hugon

C.E.D.H., 23 janvier 2003, Richen et Gaucher c. France, n° 31520/96 et 34359/97

C.E.D.H., 4 février 2003, Épx Goletto c. France, n° 54596/00

C.E.D.H., 13 février 2003, Yamina Chevrol c. France, n° 49636/99, Recueil 2003-III : Recueil Dalloz 2003 p. 931 ; AJDA 2003 p. 1984, note T. Rambaud ; H. Moutouh, « Le « référé diplomatique » sur la sellette », Recueil Dalloz 2003 p. 931.

C.E.D.H., 4e sect., 6 mai 2003, Appleby and Others c. The United Kingdom, n° 44306/98, Recueil 2003-VI

C.E.D.H., 27 novembre 2003, Slimane-Kaïd c. France (n° 2), n° 48943/99 : JCP 2004-I-107, n° 6, obs. F. Sudre

C.E.D.H., Gr. Ch., 12 février 2004, Perez c. France, n° 47287/99, Recueil 2004-I : JCP G 2004, I, 165, chron. F. Sudre

C.E.D.H., 14 avril 2004, Quesne c. France, n° 65110/01 : JCP 2004.II.10126, note J.-H. Stark et P. Bernardet

C.E.D.H., 4 mai 2004, Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99 : J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 2006 p. 587.

C.E.D.H., 12 octobre 2004, Chesnay c. France, n° 56588/00

C.E.D.H., 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique, n° 41872/98

CEDH, déc., 13 janv. 2005, Emesa Sugar N. V. c. Pays-Bas, n° 62023/00

C.E.D.H., 8 février 2005, Lacas c. France, n° 74587/01

C.E.D.H., 28 février 2006, André c. France, n° 63313/00

C.E.D.H., 7 mars 2006, Vesque c. France, n° 3774/02

C.E.D.H., 27 juillet 2006, Gubler c. France, n° 69742/01 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 24 janvier 2007, I 106, n° 7, note F. Sudre

C.E.D.H., 14 novembre 2006, Tsfayo c. Royaume-Uni, n° 60860/00 : J. Howell, « Alconbury Crumbles », 12 Jud. Rev. 9 (2007) ; C. F. Forsyth, « Administrative decision-makers and compliance with Article 6 (1) : the limits of the curative principle », Cambridge Law Journal, 2007, 66 (3), pp. 487-490 ; J. Maurici, S. Blackmore, « Focus on Article 6 », Judicial Review, 2007, p. 56

C.E.D.H., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlande, n° 73053/01, Recueil 2006-XIV

C.E.D.H., 16 janvier 2007, Domah c. France, n° 3447/02

C.E.D.H., 16 octobre 2007, Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, n° 74336/01

C.E.D.H., 21 février 2008, Ravon c. France, n° 18497/03 : Contrats conc. consom. 2008, alerte 27, Focus P. Wilhelm et Fl. Vever, § 29 ; La Semaine Juridique Édition Générale n° 30, 23 Juillet 2008, I 167, note F. Sudre, spéc. n°10 ; Concurrences, 2008, n° 2, p. 151, note A. Maîtreperrière ; C. Arsouze, Procédures boursières, préc., n° 157 ; Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, préc., n° 5 et n° 52 ; Revue de science criminelle 2008, p. 598, note H. Matsopoulou ; Rev. sociétés 2008. 658, note B. Bouloc.

C.E.D.H., 18 septembre 2008, Kandler et autres c. France, n° 18659/05

C.E.D.H., 16 octobre 2008, Maschino c. France, n° 10447/03

C.E.D.H., 20 novembre 2008, Société IFB c. France, n° 2058/04

C.E.D.H., Grande ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, n° 14939/03 : D. 2009. 2014, note J. Pradel ; Rev. science crim. 2009. 675, obs. D. Roets ; JCP 2009, n° 23, 13 juill. 2009, p. 143, comm. F. Sudre

C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04 : Bulletin Joly Bourse, 1er février 2011, n° 2, pp. 124 -128, note J.-G. de Tocqueville, G. Goffin ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1er mai 2010, n° 3, p. 75, note J.-P. Kovar, J. Lasserre Capdeville ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1er mai 2010, n° 3, pp. 90-92, note A.-M. Moulin ; JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 19 novembre 2009, n° 47, pp. 11-14, note P. Pallier ; Recueil Dalloz Sirey, 1er octobre 2009, n° 33, pp. 2247 -2250, note A. Couret ; Bulletin Joly Bourse, 1er septembre 2009, n° 5, pp. 388-395, note L. Ruet ; Droit administratif, 1er août 2009, n° 8, pp. 20-24, note G. Houillon ; Banque et Droit, 1er juillet 2009, n° 126, pp. 16-17, note T. Bonneau

C.E.D.H., 24 septembre 2009, Mérigaud c. France, n° 32976/04

C.E.D.H., 29 octobre 2009, Chaudet c. France, n° 49037/06,

C.E.D.H., 21 décembre 2010, Société Canal Plus et autres c. France, n° 29408/08 : Recueil Dalloz, 2011, n° 19, p. 1332, note H. Matsopoulou

C.E.D.H., 21 décembre 2010, Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France, n° 29613/08

C.E.D.H., 5e sect., 8 mars 2011, Philippe Escoffier c. France, n° 8615/08

C.E.D.H., 5 mai 2011, Société Métallurgique Liotard Frères c. France, n° 29598/08 : La Semaine Juridique Édition Générale n° 20, 16 mai 2011, 595, note B. Pastre-Belda

C.E.D.H., 14 juin 2011, Ciechonska c. Pologne, n° 19776/04 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 29 Août 2011, 914, n° 3, note F. Sudre

C.E.D.H., 5e sect., 30 juin 2011, De Souza Ribeiro c. France, n° 22689/07.

C.E.D.H., 27 Septembre 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, n° 43509/08, Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2011, comm. 262, note D. Bosco.

§ 5 — Lois, règlements et décisions administratives

I — Droit français

A — Lois, Ordonnances

Loi du 3 septembre 1940 relative aux mesures à prendre, sur instruction du gouvernement, à l'égard des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique et l'ordonnance du 18 novembre 1943 sur l'internement administratif des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique (J.O.R.F. 1943, p. 287)

Loi du 1er octobre 1941 relative à l'organisation de la radiodiffusion nationale (J.O.R.F., 6 décembre 1941, p. 5270)

Loi 7 novembre 1942 relative à la réorganisation de la radiodiffusion nationale (J.O.R.F., 8 novembre 1942, p. 3723)

Ordonnance du 4 avril 1944 relative à l'organisation de la radiodiffusion (J.O.R.F., 13 avril 1944, p. 298)

Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (J.O.R.F., 9 avril 1946, p. 2651)

Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse (J.O.R.F., 29 septembre 1967, p. 9589)

Ordonnance n° 67-836 du 28 septembre 1967 destinée à encourager l'épargne et le développement du marché financier (J.O.R.F., 29 septembre 1967, p. 9593)

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (dite Foyer, JORF, 7 janvier 1978, p. 227)

Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (JORF du 18 juillet 1978, p. 2851)

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (J.O.R.F., 13 juillet 1979, p. 1822)

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (JORF, 30 juillet 1982, p. 2431)

Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle (JORF, 14 décembre 1985, p. 14535)

Loi n°86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social (J.O.R.F., 18 janvier 1986, p. 888)

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (J.O.R.F., 1^{er} octobre 1986, p. 11755)

Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative a la liberté des prix et de la concurrence (J.O.R.F., 9 décembre 1986, p. 14773)

Loi n° 89-25 du 17 Janvier 1989 modifiant la loi n° 1087 du 30 septembre 1988 relative à la liberté de communication (J.O.R.F., 18 janvier 1989, p. 728)

Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (J.O.R.F. n°157, 8 juillet 1990, p. 8069)

Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (JORF, 3 juillet 1996, p. 9983)

Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières (J.O.R.F n°154, 4 juillet 1996, p. 10063)

Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (J.O.R.F. n°174, 27 juillet 1996, p. 11384)

Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France en vue du renouveau du transport ferroviaire (J.O.R.F. n°39 du 15 février 1997, p. 2592)

Loi n° 99-588 du 12 juillet 1999 portant création de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (J.O.R.F. n°160 du 13 juillet 1999, p. 10400)

Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (J.O.R.F. n°35, 11 février 2000, p. 2143, texte n° 1) : AJDA 2000 p. 239, L. Richer

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O.R.F., 13 avril 2000, p. 5646)

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JORF 16 mai 2001, p. 7776)

Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications (JORF n° 173, 28 juillet 2001, p. 12132)

Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie (JORF du 4 janvier 2003, pp. 265-278)

Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (J.O.R.F. n°177, 2 août 2003, p. 13220, texte n° 3)

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (J.O.R.F. n°159, 10 juillet 2004, p. 12483, texte n° 1)

Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (J.O.R.F. n°185, 11 août 2004, p. 14256, texte n° 1)

Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (J.O.R.F., 21 mai 2005, p. 8825, texte n° 1)

Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF n° 163 du 14 juillet 2005, p. 11570 : T. Tuot, « Modifications apportées par la loi du 13 juil. 2005 d'orientation énergétique (Loi n° 2005-781) », Concurrences, n° 4-2005, n° 612, pp. 122-124

Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (J.O.R.F., n°286, 9 décembre 2005, p. 18986, texte n° 9)

Loi n°2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (J.O.R.F. n°5 du 6 janvier 2006, p. 217, texte n° 1)

Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (J.O.R.F. n°178, 3 août 2006, p. 11529, texte n° 1)

Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie (JORF n°284 du 8 décembre 2006 page 18531, texte n° 1) : Actualités du droit de la concurrence et de la régulation, L. Richer, P.-A. Jeanneney, N. Charbit, A.J.D.A., 2006, p. 2437 ; JCP 2007. I. 139, § 10, obs. L. Cadiet

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (J.O.R.F. n°0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1)

Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision (J.O.R.F. n°0056, 7 mars 2009, p. 4321, texte n° 2)

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (JORF, n° 0135, 13 juin 2009, p. 9666, texte n° 2)

Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (JORF n°0251 du 29 octobre 2009 page 18290, texte n° 1)

Ordonnance n° 2009-1358 du 5 novembre 2009 modifiant le code du cinéma et de l'image animée (J.O.R.F. n° 258, 6 novembre 2009, p. 19209, texte n° 25)

Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (JORF n°0285 du 9 décembre 2009, p. 21226)

Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (J.O.R.F. n°18 du 22 janvier 2010, p. 1392, texte n° 13)

Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales (J.O.R.F. n° 34, 10 février 2010, p. 2321, texte n° 1)

Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (JORF n°0110, 13 mai 2010, p. 8881, texte n° 1)

Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (J.O.R.F. n°0075, 30 mars 2011, p. 5504, texte n° 2)

Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques (J.O.R.F., n°0197, 26 août 2011, p. 14473, texte n° 49)

Ordonnance n° 2011-1300 du 14 octobre 2011 relative aux redevances aéroportuaires (J.O.R.F. n°0240 du 15 octobre 2011 page 17410, texte n° 6)

B — Règlements

Décret n° 83-86 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma (J.O.R.F. du 11 février 1983, p. 524) modifié par le décret n° 91-1129 du 25 octobre 1991 (J.O.R.F., 31 octobre 1991, p. 14286)

Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'administration et les usagers (J.O.R.F., 3 décembre 1983, p. 3492)

Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications (J.O.R.F. n°303 du 30 décembre 1990, p. 16568).

Décret n°97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de Réseau ferré de France (JORF n°106 du 7 mai 1997, p. 6897)

Décret n°2006-369 du 28 mars 2006 relatif aux missions et au statut de l'Établissement public de sécurité ferroviaire (J.O.R.F. n°75 du 29 mars 2006, p. 4715, texte n° 13)

Décret n° 2006-1084 du 29 août 2006 pris pour l'application de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 (JORF n°200 du 30 août 2006 page 12860, texte n° 36)

Décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 relatif à la sécurité des circulations ferroviaires et à l'interopérabilité du système ferroviaire (J.O.R.F. n°244 du 20 octobre 2006, p. 15544, texte n° 18).

Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions (J.O.R.F. n° 6, 8 janvier 2009 p. 479, texte n° 8)

C — Décisions et avis des autorités administratives

Autorité de la concurrence, avis, n° 09-A-55, 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

Autorité de la concurrence, Décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM : P. Achilleas, « Un an de régulation du marché des communications électroniques », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2010, chron. 2, n°28 ; L. Idot, « L'activité en matière de concurrence en France », Europe n° 8, Août 2009, comm. 338 ; I. Luc, M. Claudel-Picard, « Chronique annuelle 2009 de droit interne de la concurrence », Revue juridique de l'économie publique n° 676, Juin 2010, chron. 3, passim ; Gazette du Palais, 5 juin 2010, n° 156, p. 14, chron. « Droit de la concurrence ».

Autorité de la concurrence, avis n° 11-A-05, 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit.

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Autorité de la concurrence, Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire

A.R.A.F., décision n° 2011-010 du 3 mai 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Euro Cargo Rail à la SNCF et à RFF portant sur des activités de fret en gare de Cerbère

ARCEP, 15 juin 2004, Décision n° 04-520 de l'ART se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Mobius dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

ARCEP, 13 juillet 2004, Décision n° 04-595 donnant acte du désistement de la société Mobius de sa demande de règlement du différend l'opposant à la société France Télécom

A.R.C.E.P., 30 mai 2006, Décision n° 06-0551 se prononçant sur un différend opposant les sociétés France Télécom et Neuf Télécom

A.R.C.E.P., Communiqué de presse, 10 septembre 2009, Saisine de l'AFORST contre France Télécom : l'ARCEP prend une décision de non-lieu à poursuivre l'instruction, clôturant ainsi la procédure initiée par l'AFORST

A.R.C.E.P., Décision n° 2010-1254 en date du 25 novembre 2010, SFR c. France Télécom

ARCEP, Décision n° 2010-1354 en date du 16 décembre 2010 portant modification du règlement intérieur

ARCEP, déc. n° 2010-0742 du 1er juillet 2010, règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique : Concurrences, N° 4-2010, n°33040, pp. 218-219, note J. Adda

A.R.C.E.P., déc. n° 2010-0742 du 1er juillet 2010, règlement de différend opposant les sociétés Mobius et La Réunion Numérique : J. Adda, « Règlement des différends : L'ARCEP rend pour la première fois un règlement de différend relatif à une activité visée à l'art. L. 1425-1 CGCT et se reconnaît compétente pour connaître d'un litige dont l'une des parties est un opérateur offrant ses services dans le cadre d'une délégation de service public (Mobius et La Réunion Numérique) », Concurrences, n° 4-2010, n° 33040, pp. 218-219.

ARCEP, décision n° 2010-0806 du 22 juillet 2010 clôturant l'enquête administrative ouverte en application de l'article L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques portant sur les pratiques d'exclusion d'appels téléphoniques vers certains numéros du plan national de numérotation des offres d'abondance.

A.R.C.E.P., Décision n° 2011-0359 en date du 31 mars 2011 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés SFR et France Télécom.

A.R.C.E.P., 12 juillet 2011, Société Towercast c. Société TDF, n° 2011-0809.

A.R.T., 10 juillet 1997 Compagnie générale de vidéocommunication c. France Télécom, n° 97-210, p. 13 (J.O.R.F., n°208, 7 septembre 1997, p. 13104).

A.R.T., Décision n° 98-416 du 24 juin 1998 relative au refus de prononcer une sanction (J.O.R.F. n°176 du 1 août 1998, p. 11828)

A.R.T., Décision n° 00-201 du 8 mars 2000 rejetant une demande de la société EDDITEC tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications.

A.R.T., Décision n° 00-200 du 8 mars 2000 rejetant la demande de la société Informatique et Télématique tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de XTS Network.

A.R.T., Décision n° 00-515 du 30 mai 2000 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par Siris dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant

A.R.T., Décision n° 01-1235 du 21 déc. 2001 se prononçant sur le différend opposant UPC France à France Télécom

A.R.T., Décision n° 02-278 du 28 mars 2002 se prononçant sur le différend entre les sociétés LDCOM et France Télécom relatif à certaines conditions techniques et tarifaires de la convention d'accès à la boucle locale

A.R.T., Décision n° 03-1278 du 2 décembre 2003 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société XTS Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom

Avis du 28 juin 1979 de la Commission de la concurrence concernant la diffusion des films cinématographiques (B.O.C.C.R.F., Bulletin officiel des services des prix, n° 21 du Samedi 20 octobre 1979, p. 270)

Avis du 25 mars 1982 rendu par la Commission de la concurrence sur un projet de loi concernant la diffusion des œuvres cinématographiques (Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation — Bulletin officiel des services des prix (B.O.S.P.), n° 4 du Mercredi 23 Février 1983, p. 67)

Avis en date du 5 décembre 1990 de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications (non publié)

Commission de régulation de l'énergie, 5 juin 2003, M. Michel Pestka c. EDF (J.O.R.F., n°300 du 26 décembre 2004, texte n° 131)

Commission de régulation de l'énergie, 24 juin 2003, Réseau de transport d'électricité c. Réseau ferré de France et Société nationale des chemins de fer français, (J.O.R.F., n°204, 4 septembre 2003, p. 15212, texte n° 80) : chron. A.J.D.A., « Accès au réseau de transport d'électricité : les ouvrages de la SNCF font partie du réseau de transport d'électricité », A.J.D.A., 2004, p. 73).

Commission de régulation de l'énergie, 23 octobre 2003, Montjoyer, (J.O. 11 janvier 2004, p. 932

Commission de régulation de l'énergie, 27 mai 2004, SARL De La Torre c. Électricité de France (J.O.R.F., n°163, 16 juillet 2004, texte n° 73).

Commission de régulation de l'énergie, 6 mai 2004, Safhloa c. EDF (J.O.R.F. n°144, 23 juin 2004 p. 11419, texte n° 92)

Commission de régulation de l'énergie, 25 mai 2004, Réseau de transport d'électricité (RTE) c. Société Cerestar France (J.O.R.F., n°163 du 16 juillet 2004, texte n° 72)

Commission de régulation de l'énergie, 3 juin 2004, Société Pouchon Cogen c. EDF (J.O.R.F. n° 209, 8 septembre 2004, p. 15810, texte n° 39)

Commission de régulation de l'énergie, 4 juin 2004, Clariant Huningue c. SAEML Hunélec (J.O.R.F. n°185, 11 août 2004, texte n° 76)

Commission de régulation de l'énergie, 22 juillet 2004, Société JMF IMMO c. Électricité de France (J.O.R.F., n°300 du 26 décembre 2004, texte n° 132)

Commission de régulation de l'énergie, 30 mai 2002, Société Dounor à Électricité de France (J.O.R.F., n°150, 29 juin 2002, p. 11241, texte n° 64) : A. Le Gall, « Précisions sur la compétence de la Commission de régulation de l'électricité », Recueil Dalloz 2002 p. 2997

Commission de régulation de l'énergie, Décision du 20 février 2009 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie

Commission des sanctions de l'ARJEL, déc. du 6 juin 2011, n° 2010/03 : Concurrences, N° 3-2011, n°38133, pp. 204-206, note H. Delzangles

Conseil de la concurrence, 10 déc. 1996, É.D.F., B.O.C.C.R.F. 6 mars 1997, Rec. Lamy no 714, obs. F. Berthault

Conseil de la concurrence, 1er janv. 1999, NC Numéricable, n° 99-MC-01, B.O.C.C.R.F. 27 avr., LPA n° 232, 22 nov. 1999, p. 25, obs. M. Arsac

Conseil de la concurrence, 31 mai 2000, avis, n° 00-A-12, prix de l'eau en France

Conseil de la concurrence, 7 novembre 2005, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, n°05-D-59.

Conseil supérieur de l'audiovisuel, 5 juin 2007, « Différends sur la numérotation des chaînes : le CSA rejette les demandes des chaînes »

Conseil supérieur de l'audiovisuel, 17 juillet 2007, Société Voyage c. CanalSatellite, n° 2007-471 (J.O.R.F., n°187, 14 août 2007, texte n° 86) : D. Lescop, « Le CSA enjoint à CanalSatellite de faire à Voyage une offre de distribution et de rémunération qui présente un

caractère objectif, équitable et non discriminatoire », *Revue Concurrences, Regulations*, n°4, 2007, pp. 135-142

Conseil supérieur de l'audiovisuel, 12 février 2008, Délibération portant règlement intérieur (J.O.R.F., 22 mars 2008).

Conseil supérieur de l'audiovisuel, 8 juillet 2008, Décision n° 2008- 523 se prononçant sur un différend entre les sociétés AB Sat et Métropole Télévision : J.-P. Tran Thiet, S. Justier, « Règlement de différend : Le CSA rend une décision soulignant la vitalité du principe de non-discrimination (AB Sat — Métropole Télévision) », *Concurrences*, N° 4-2008, n° 22300, pp. 147-149

Conseil supérieur de l'audiovisuel, Assemblée plénière, 3 février 2010, Tiji et Canal J : clôture de la procédure de sanction

Conseil supérieur de l'audiovisuel, décision n° 2010-574 du 20 juillet 2010, rejet de la saisine d'un Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes.

Conseil supérieur de l'audiovisuel, Ass. Plén., 2 février 2011, Épisode des Simpson sous-classifié : intervention auprès de W9.

CoRDiS, 8 mars 2006 se prononçant sur un différend qui oppose Altergaz à Gaz de France : *Concurrences*, N° 2-2006, n°823, pp. 152-153, note T. Tuot.

CoRDiS, 28 mai 2010, société Centrale Biomasse de Champdeniers, c. société Gérédis Deux-Sèvres et société Séolis (J.O.R.F. n°0148, 29 juin 2010, texte n° 75)

CoRDiS, 22 janv. 2010, Altergaz c. GRDF (J.O.R.F. n° 45, 23 février 2010, texte n° 78) : A. Le Gall, « Droit de l'énergie », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 14, 7 Avril 2011, 1284, n° 39-40.

CoRDiS de la CRE, 21 janvier 2011, société Nicodis c. Électricité Réseau Distribution France (ERDF), *Revue Concurrences*, chron. Régulation, 2011, n°2, p. 198, note E. Guillaume, S. Daboussy.

Décision n° 79-20 du ministre de l'économie du 29 octobre 1979 concernant la diffusion des films cinématographiques (B.O.C.C.R.F., Bulletin officiel des services des prix, n° 22 du Mardi 30 Octobre 1979, p. 283)

Médiateur du cinéma, 22 mars 2005, Société Films sans frontières c. UGC Distribution, aff. n° 1020

Médiateur du cinéma, 6 septembre 2007, Société Les Acacias c. Fabrique de films, aff. n°1229

II — Droit anglais

A — Lois et règlements

Airports Act 1986 c. 31

British Telecommunications Act 1981 c. 38

Broadcasting Act 1980 c. 64

Broadcasting Act 1990 c. 42
 Cable and Broadcasting Act 1984 c. 46
 Civil Aviation (Licensing) Act de 1960 c. 38
 Civil Aviation Act 1971 c. 75
 Civil Aviation Act 1982 c. 16
 Commissioners of Railways Act 1846, 9 & 10 Vict. c. 105
 Communications Act 2003 c. 21
 Competition Act 1998 c. 41
 Competition and Services (Utilities) Act 1992 c. 43
 Constitutional Reform Act de 2005 c. 4
 Consumer Protection Act 1987 c. 43
 Electricity Act 1989 c. 29
 Energy Act 1983 c. 25
 Factories Act 1833, 3 & 4 Will. IV c. 103
 Fair Trading Act 1973 c. 41
 Financial Services and Markets Act 2000 c. 8
 Flood and Water Management Act 2010 c. 37
 Gambling Act 2005 c. 19
 Gas Act 1986 c. 44
 Health and Social Care Act 2008 c. 14
 Independent Broadcasting Authority Act 1973 c. 19 ; 1974 c. 16 et c. 42 ; 1978 c. 43 ; 1979 c. 35
 Industrial Training Act 1964 c. 16
 Land Tax Act 1688, 1 Will. & M. c. 20
 Licensing Act de 2003 c. 17
 Local Government Act 1972 c. 70
 Oil and Gas (Enterprise) Act 1982 c. 23
 Postal Services Act 2000 c. 26
 Postal Services Act 2011 c. 5
 Privy Council (Star Chamber Abolition) Act 1640 c. 10.
 Public Health Act 1848, 11 & 12 Vict. c. 63
 Railways Act 1993 c. 43
 Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008 c. 13
 Sound Broadcasting Act 1972 c. 31

Telecommunications Act 1984 c. 12
 Telegraph Act de 1868 c. 110
 Telegraph Act de 1869 c. 73
 Television Act 1964 c. 21
 The Control of Misleading Advertisements Regulations (S.I. 1988/915)
 Transport Act c. 38
 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 c. 15
 Unfair Contract Terms Act 1977 c. 50
 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 n° 2083 (SI 1999/2083)
 Utilities Act 2000 c. 27
 Water Industry Act 1991 c. 56
 Water Act 1989 c. 15
 Water Act 2003 c. 37

B — Décisions des autorités administratives

Competition Commission Appeal Tribunal (CCAT), BetterCare Group Limited v Director General of Fair Trading (Case 1006/2/1/01).

Financial Services Authority, Decision Procedure and Penalties Manual and the Enforcement Guide Feedback on CP07/2 Review of the Enforcement and Decision making manuals, Regulatory Decisions Committee

Financial Services Authority, Enforcement process review, Report and recommendations, July 2005.

Ofcom, Determination to resolve a dispute between Rapture Television plc and British Sky Broadcasting Ltd about EPG listing charges, 9 March 2007

Ofcom, Dispute Resolution Guidelines, Ofcom's guidelines for the handling of regulatory disputes

Ofcom, Special Live With Jassi Khangura, The Sikh Channel, 2 May 2010, Ofcom Broadcast Bulletin, Issue 164, 23 August 2010, pp. 6 suiv..

Ofcom, « Guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes about breaches of conditions imposed under the EU Directives », July 2004, p. 6, n°23-28.

Ofcom, « Guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes about breaches of conditions imposed under the EU Directives », July 2004, p. 8, § 37. V. aussi dans le même document

Ofcom, Dispute between Opal Telecom and Openreach about Local Loop Unbundling migration charges, 1 June 2006, n° CW/00889/01/06

Office of rail regulation, Criteria and procedures for the approval of track access contracts, 25 November 2009

Ofgem, Financial Penalties, The Process, February 2003

Ofgem, Utilities Act Statement of policy with respect to financial penalties, October 2003

Ofgem, 7 February 2011, Proposal of the Gas and Electricity Markets Authority to impose a financial penalty, following an investigation into compliance with SLC 4D, SLC 12 and SLC 30 of the electricity distribution licence by Central Networks East plc and Central Networks West plc.

Ofel, Dispute between B.T. and Vodafone regarding wholesale connections between B.T.'s and Vodafone's networks, 25 July 2002, CW/00540/07/02

Ofwat, Competition Act 1998: Application in the water and sewerage sectors

Ofwat, 28 March 2008, Anglian Water Services Limited v Aquavitae (UK) Limited

Postcomm, Promoting Effective Competition In UK Postal Services Through Downstream Access — Observations On The Agreement Between Royal Mail And UK Mail Ltd On Access To Royal Mail's Delivery Network, March 2004

III — Droit américain

Public Utility Regulatory Policies Act (ou PURPA), 1978, 16 U.S.C.

Telecommunications Act de 1996, 47 U.S.C.A.

IV — Droit de l'Union européenne

Commission européenne, 23 août 2003, GVG-FS, pour le tunnel sous la manche (J.O.U.E. n° L 11, 16 janvier 2004)

Convention de Rome 80/934 CEE du 19 juin 1980 sur la loi application aux obligations contractuelles (J.O.C.E., vol. L 266, 9 Octobre 1980, pp. 1-19)

Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (J.O.C.E., vol. L 299, 31 décembre 1972, pp. 32-42) devenu le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 (J.O.C.E., vol. L 12, 16 janvier 2001, pp. 1-23)

Directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, 88/301/CEE, J.O.C.E. n° L 131, p. 73

Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (JO n° L 192 du 24/07/1990, pp. 10-16).

Directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires (J.O.C.E., n° L 237 du 24/08/1991 pp. 25 – 28)

Directive du Conseil 92/44/CEE du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (J.O.C.E., série L, vol. L 165, 19 juin 1992, pp. 27-36)

Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (J.O.C.E., L 248 du 6 octobre 1993, pp. 15 – 21)

Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale (J.O.C.E., n° L 321 du 30/12/1995 pp. 6 – 24)

Directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications (J.O.C.E. n° L 074 du 22/03/1996 pp. 13 – 24)

Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (J.O.C.E., n° L 027 du 30/01/1997 p. 20 – 29)

Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (J.O.C.E., n° L 199 du 26/07/1997, pp. 32 – 52)

Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications

Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (J.O.C.E., L. 15, du 21.1.98, pp. 14-25) modifié par la Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (J.O.C.E. du 15.3.2001, L 75, pp. 29-46)

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (J.O.C.E. n° L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19)

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive dite « autorisation ») (J.O.C.E., 24.4.2002, n° L 108, pp. 21-32)

Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté (J.O.U.E. du 27.2.2008, L 52, pp. 3-20).

Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JOUE, 14 août 2009, pp. 55-93).

Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JOUE, 14 août 2009, pp. 94-136).

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques (JOUE, 18 décembre 2009, pp. 37-69).

Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires (J.O.U.E., 14 mars 2009, L 70/11),

Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté

Recommandation du conseil n° 84/550/CEE. 12 novembre 1984 Concernant la première phase d'ouverture des marchés publics de télécommunications (J.O.C.E., vol. L 298, 16 novembre 1984, p. 51)

Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie.

Règlement (UE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit (JOUE n° L 145, 31 mai 2011, p. 30)

§ 6 — Rapports

I — Rapports français

Association des Chaînes du Câble et du Satellite (A.C.C.e.S.), « Règlement des litiges entre et distributeurs de services », document interne, 10 avril 2003

Association des Chaînes du Câble et du Satellite (A.C.C.e.S.), Projet de loi relatif aux communications électroniques — Position de l'A.C.C.e.S., document interne, 29 avril 2003

Autorité des Marchés Financiers, Rapport annuel, La documentation française, 2008

Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication par Anne Perrot et Jean-Pierre Leclerc, mars 2008

Conseil d'État, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 4 février 1993, Coll. Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1993

Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1995, 197 p.

Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, La documentation française, 2001

Conseil d'État, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, Études et documents n° 52

Conseil d'État, « Collectivités publiques et concurrence », Études et documents du Conseil d'État, 2002 n°53

Conseil d'État, Les recours administratifs préalables obligatoires, Études du Conseil d'État, 2008.

Conseil d'État, L'eau et son droit, Rapport public 2010, vol. 2, Études et documents n° 61

Conseil d'État, Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique

Conseil économique et social, Des autorités de régulation financières et de concurrence. Pourquoi, comment ?, Avis adopté le 15 janvier 2003 (J.-P. Moussy), Journal officiel, La documentation française, janvier 2003

Gazier F., Cannac Y., Études sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, 1983-1984, n° 35

La dépenalisation de la vie des affaires, rapport présenté par J.-M. Coulon, France, Ministère de la justice, Paris, La Documentation française, février 2008

La télévision numérique terrestre : Enjeux et modalités de mise en œuvre au regard des règles de concurrence, notamment au travers de la question de la distribution, Rapport sur la mission confiée par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie à M. Jérôme Gallot, Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, février 2002.

Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur les autorités administratives indépendantes (P. Gelard) : Doc. AN, n° 3166, Doc. Sénat n° 404, 15 juin 2006, t. I rapport, t. II annexes (incluant M.-A. Frison-Roche, Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes et J.-P. Pontier, Étude de droit comparé)

« Pour une réforme de l'audiovisuel », Rapport au Premier Ministre de la commission de réflexion et d'orientation présenté par P. Moinot, Paris, La Documentation Française, 1981

Rapport de la Mission de réflexion et de propositions sur le cinéma, remis à M. le ministre de la Culture le 3 novembre 1981, par Jean-Denis Bredin, Paris, Ministère de la culture, 1981

Rapport de synthèse remis par Hubert Prévot à Paul Quilès, Ministre des Postes, des Télécommunications et de l'Espace, À l'issue du débat public sur l'avenir du service public des Postes et des Télécommunications, 31 juillet 1989

Rapport n° 184 (2008-2009) de M. Francis Grignon, Projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports

Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, par MM. R. Dosièrre et C. Vanneste, 2 tomes, 28 octobre 2010, n° 2925

BIS, Department for Business Innovations & Skills, Implementing The Revised Eu Electronic Communications Framework, Overall approach and consultation on specific issues, September 2010

Beesley M. E., Liberalisation of the use of British Telecommunications Network : report to the Secretary of State, January 1981, London, H.M.S.O., 1981

Better Regulation Task Force, Review of Licensing Legislation, Cabinet Office, 1997

Breaking the rules, A report by Justice, Chairman, Paul Sieghart, 1986

Broadcasting in the '90's : competition, choice and quality : the government's plans for broadcasting legislation, London, HMSO, 1988

Cabinet Office, Public Bodies : A Guide for Departments, Chapter 2 : Policy and characteristics of a Public Body

Cabinet Office, Better Regulation Executive, Regulatory Justice : Sanctioning in a post-Hampton World, Consultation Document, May 2006

Cabinet Office, Better Regulation Executive, Regulatory Justice : Making Sanctions Effective, Final Report, November 2006

Council on Tribunals : Council on Tribunals annual report 2001/02, HC 14

Department for Business Innovations & Skills, Principles for Economic Regulation, april 2011

Committee on Safety and Health at Work, Safety and Health at Work : report of the Committee, 1970-72, London, H.M.S.O., 1972

Department of Energy, Regulation of the gas industry. Memorandum, Response to the first report of the Energy Select Committee session 1985/86, HC 15, Cmnd. 9759

Department of Energy : Privatising Electricity, White Paper : Governments proposals for privatisation of electricity supply industry in England & Wales, Cm 322.

Department of the Environment, Welsh Office ; Ministry of agriculture : Privatisation of the Water authorities in England & Wales White Paper, Cmnd. 9734

Department of Industry, The Future of Telecommunications in Britain, 1981/82, Cmnd. 8610

Department of Trade and Industry, Competition and choice : telecommunications policy for the 1990s, 1990/91, Cm 1303

Department of Trade and Industry, A fair deal for consumers : modernising the framework for utility regulation, 1997/98, Cm 3898

Department of Trade and Industry, Extending Opportunities for Competition in the Water Industry in England and Wales, 31 juillet 2002

Department of Transport : New opportunities for the railways : the privatisation of British Rail White Paper, Cm 2012

Department of Transport ; Transport Select Committee : The future of the railways in light of governments white paper proposals. Transport Select Committee second special report — government observations on Committees second report of session 1992/93 (HC 246)

Energy Select Committee : Regulation of the Gas Industry : Memoranda laid before the Committee (2 parts). Received 27 November 1985, 1985/86, HC 15-i

Energy Select Committee : Structure, regulation & economic consequences of electricity supply in the private sector, vol I, HC 307 i-xv, 1987/88

Good Governance Standard in Public Services, OPM and CIPFA, 2004

Hampton review on regulatory inspections and enforcement, Reducing administrative burdens : effective inspection and enforcement, HM Treasury, 2005 ; R. Macrory, Regulatory Justice – Making Sanctions Effective

Higgs D., Review of the role and effectiveness of non-executive directors, January 2003, The Department of Trade and Industry

Home Department, « Rights brought home : the Human Rights Bill », HMSO, 1997, Cm. 3782

Home Office, Dept of Industry, The development of cable systems & services, 1982/83 Cmnd. 8866

House of Commons, Committee of Public Accounts, Enforcing competition in markets, Forty – second Report of Session 2005 – 06, HC 841

House of Lords, Constitution Committee, 6th Report, Session 2003-2004

House of Lords, Select Committee on Regulators, 1st Report of Session 2006 – 07, UK Economic Regulators, Vol. I, 13 novembre 2007, HL Paper 189-I.

Human Rights Joint Select Committee : Draft Communications Bill, 2001/02, HC 1102

Joint Committee on Financial Services and Markets, First Report, 27 April 1999

Joint Committee on the Draft Communications Bill. Draft Communications Bill, vol. I, Chair/author : Lord Puttnam, 2001/02, HC 876-i

Justice, The citizen and the Administration, 1961

Law Commission, Strict Liability and the Enforcement of the Factories Act 1961, 1970, Working Paper 30

Law Reform Commission of Canada, « Sanctions, Compliance Policy and Administrative Law », prepared by Howard R. Eddy, 1981

Lidstone K.W., Hogg R., Sutcliffe F., « Prosecutions by Private Individuals and Non-Police Agencies », Royal Commission on Criminal Procedure, Research Study 10, 1981

Littlechild S., Economic regulation of privatized water authorities, Department of the Environment, London, 1986

Making the Law, The Report of the Hansard Society Commission on the Legislative Process, 1993

Memorandum on television Policy, 1953-54, Cmd 9005

Ministry of Justice, Cost Protection for Litigants in Environmental Judicial Review Claims, Outline proposals for a cost capping scheme for cases which fall within the Aarhus Convention, Consultation Paper CP16/11, 19 October 2011

Ofcom, Draft Enforcement Guidelines, Ofcom's draft guidelines for the handling of competition complaints, and complaints and disputes concerning regulatory rules, 6 July 2006

Ofcom's Investigations Programme, Report on activity between 1 October 2007 and 31 March 2008, 21 May 2008

Pliatsky L., Report on Non-Departmental Public Bodies, janvier 1980, Cmnd. 7797

Principled Regulation : Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95)

Littlechild S. C., Regulation of British Telecommunications'profitability : report to the Secretary of State, February 1983, London, Dept. of Industry, 1983

Ministry of Justice, Government Response to Transforming Tribunals, 19 may 2008

National Audit Office, Ofwat — Meeting the demand for water, published 19 January 2007, HC 150, Session 2006-07

Report on Imperial Air Routes by the Advisory Committee on Civil Aviation présidé par W. D. Weir, 1919, Cmd. 449

Report of the Broadcasting Committee (Broadcasting), présidé par F. Sykes, 1923, Cmd. 1951

Report of the Broadcasting Committee (Broadcasting) présidé par D. A. E. Lindsay, comte de Crawford, 1926, Cmd. 2599

Report of the Committee on Ministers'powers (Ministers' Powers), Chair : L. F. Scott, 1932, Cmd. 4060

Report of the Broadcasting Committee, présidé par J. W. Lowther, Vicomte Ullswater, 1935-36, Cmd. 5091

Report of Committee on the development of civil aviation in the United Kingdom présidé par H. P. Maybury, 1936-37, Cmd. 5351

Report of Committee on the Development of Civil aviation in the United Kingdom présidé par J. Cadman, 1937-38, Cmd. 5685

Report of the Committee of Enquiry on the Gas Industry, présidé par Geoffrey, Lord Heyworth, 1945-1946, Cmd. 6699

Report of the Broadcasting Committee, 1949, présidé par W. H. Beveridge, Session 1950-51, Cmd. 8116

Report of the Committee of Inquiry into Civil Air Transport, Chairman : Professor Sir Ronald Edwards, British Air Transport in the Seventies, Session : 1968-69, Cmnd. 4018

Report of the Committee on the Future of Broadcasting, N. G. Annan, 1976-77, Cmnd. 6753.

Report of the Committee on Financing the B.B.C., présidé par A. Peacock, 1985/86, Cmnd. 9824

Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt : Tribunals for Users — One System, One Service, 2001

Sullivan Mr Justice, Ensuring access to environmental justice in England and Wales, Report of the Working Group on Access to Environmental Justice, May 2008

The Civil Service, Report of the Committee on the Civil Service, 1966-68, présidé par J. S. Fulton of Falmer, (Committee on the Civil Service), 1967-68, Cmnd. 3638.

The Law Commission and The Scottish Law Commission (Law Com n° 292) (Scot Law Com n° 199), Unfair terms in contracts

The Law Commission, Administrative Redress : Public Bodies And The Citizen, A Consultation Paper n° 187

The Law Commission, Monetary Remedies in Public Law, A Discussion Paper, Public Law Team, 11 October 2004

The Scott Report, Report of the Inquiry into the Export of Defence Related Equipment and Dual Use Goods to Iraq and Related Prosecutions, HC115 1995

The Nolan Report : First Report of the Committee on Standards in Public Life, Cm 2850, 1995.

Time for Reform : Proposals for the Modernisation of Our Licensing Laws, 2000, Cm 4696

Transport Select Committee : The organisation, financing & control of airports in the UK. Second Report (3 parts, in 3 volumes) with proceedings, evidence (previously HC 319 i-xxii), 1983/84, HC 319

Tribunals for Users : One System, One Service, Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt, London, TSO, 2001

III — Rapports d'organismes internationaux

An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector, Final Report

Arthur Andersen, Study prepared for the Commission of the European Communities, DG XIII, « A study on cost allocation and the general accounting principles to be used in the establishment of interconnect charges in the context of telephone liberalisation in the European Communities »

Commission des Communautés européennes, XXIIe Rapport sur la politique de concurrence, 1991 (publié en relation avec le XXVe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, 1991), Bruxelles, Luxembourg, 1992

Commission des Communautés européennes, « Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les états membres des communautés européennes », Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, 2 volumes

Commission des Communautés européennes, Document de travail, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Bruxelles, 30 novembre 2007, SEC (2007) 1556

Commission européenne, Livre vert sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications, COM (87) 290, juin 1987

Commission européenne, La politique de concurrence en Europe. Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002

Commission européenne, Communication de la Commission, Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2008 (14e rapport), COM (2009) 140 final, p. 12

Commission européenne, Smart Regulation in the European Union, COM (2010) 543 (8 October 2010)

Commission staff working document accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas (COM (2007) 528 final, COM (2007) 529 final, COM (2007) 530 final, COM (2007) 531 final, COM (2007) 532 final, SEC (2007) 1180), Impact Assessment

Communication de la Commission au Conseil sur les télécommunications, « État d'avancement de la réflexion et des travaux dans ce domaine et première propositions d'un programme d'action », COM (84) 277 final, du 18 mai 1984.

Communication de la Commission, Livre vert sur le développement du marché commun des équipements et services des télécommunications, COM (87) 290 final

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité Économique et Social et au Comité des Régions, Septième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications, Bruxelles, le 26.11.2001, COM (2001) 706 final

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on progress in creating the internal gas and electricity market, SEC (2010) 251, Bruxelles, 11 mars 2010, COM (2010) 84 final

Conférence sur l'économie des aéroports et des services de navigation aérienne, Montréal, 19-28 juin 2000, voir les documents de travail WP/12 (points 3 et 4), WP/26, WP/46, WP/92.

Cost-Benefit Analysis of Options for Better Functioning of the Internal Market in Electronic Communication, Final Report Prepared by The European Evaluation Consortium, p. 57

Draft BEREC report on cross-border issues under Article 28 USD, Public Consultation, 9 December 2010 – 13 January 2011, BoR (10) 62

ERG, Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, May 2006

ERGEG, European Energy Regulators welcome the Commission's Communication on Infrastructure, Press Release (PR-10-09)

Issues associated with the creation of a European Regulatory Authority for telecommunications, A Report by NERA and Denton Hall for the European Commission (DG XIII), Appendices, March 1997, London

Leino-Sandberg P., « Minding the gap in European administrative law : on lacunae, fragmentation and the prospect of a brighter future », Rapport pour le Parlement européen, Études, May 2011.

Manuel de l'organisation sur les politiques en matière de redevances aéroportuaires (6e éd., 2001, Doc 9082/6)

Ovum, D. Lewin, D. Rogerson, A review of the Interconnect Directive — A final report to the Information Society Directorate, October 1999

Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (1991/C 233/02 ; J.O.U.E. n° C 233 du 06/09/1991, pp. 2-26)

London Economics In association with PricewaterhouseCoopers, « An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-

Communications Sector » Final Report To The European Commission (DG Information Society and Media), Juillet 2006

O.C.D.E., Agences, autorités administratives et établissements publics, 2002

O.C.D.E., Conférence « Regulatory Policy at the Crossroads, 28-29, octobre 2010, Paris, spéc. « Part IV. Regulatory Governance : The New Frontier »

Oxera, « The Costs and Benefits of Market Regulators », Part Two, Practical Applications, Report prepared for the Dutch Ministry of Economic Affairs. October 2004

Telecommunications Regulation Handbook, ed. par H. Intven, The World Bank, 2000

Union internationale des télécommunications, « Dispute Resolution in the Telecommunications Sector : Current Practices and Future Directions », Discussion Paper Prepared by Robert R. Bruce, Rory Macmillan, Timothy St. J. Ellam Hank Intven Theresa Miedema, for The International Telecommunication Union and The World Bank

WIK, EAC (1994), « Study on Network Interconnection in the Domain of ONP, for the European Commission », October 1994

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de pages.

A

- A.M.F. 10, 42, 61, 642, 644, 661, 788, 817, 904, 1098, 1101
- A.R.C.E.P. 3, 10, 41, 61-63, 237, 242, 265, 339, 360, 411, 412, 414, 434, 443, 458, 681, 682, 683, 688, 689, 690, 693, 694, 695, 703, 705, 722, 788, 797, 818, 819, 829, 837, 838, 1062, 1099, 1131
- Abus de dépendance économique..... 215, 221, 993
- Abus de position dominante 163, 170, 171, 172, 215, 227, 229, 238, 345, 346, 369, 380, 528, 788
- Accès..... 14, 74, 75, 79, 85, 114, 115, 136, 151, 155, 159, 160, 161, 162, 165, 166, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 183, 186, 187, 188, 190, 192, 194, 195, 198, 201, 203, 206, 212, 213, 215, 220, 224, 227, 228, 231, 239, 240, 241, 247, 250, 254, 264, 271, 300, 303, 305, 318, 319, 320, 322, 334, 340, 342, 343, 344, 346, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 357, 358, 359, 360, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 398, 405, 406, 407, 411, 412, 417, 420, 456, 459, 469, 477, 479, 480, 481, 483, 535, 536, 582, 583, 628, 633, 644, 646, 663, 665, 680, 685, 690, 692, 693, 694, 696, 702, 704, 735, 741, 743, 759, 778, 779, 796, 836, 856, 867, 920, 936, 946, 947, 963, 981, 984, 993, 994, 995, 1004, 1007, 1008, 1009, 1055, 1062, 1067, 1091, 1098, 1120, 1138, 1160
- Acte administratif. 21, 24, 27, 31, 46, 130, 132, 133, 134, 137, 233, 239, 286, 291, 292, 296, 304, 373, 395, 396, 397, 398, 400, 402, 403, 414, 425, 463, 464, 473, 536, 548, 551, 554, 631, 637, 648, 650, 688, 770, 771, 804, 824, 839, 840, 843, 852, 866, 897, 899, 902, 908, 912, 915, 919, 920, 934, 949, 956, 957, 959, 960, 965, 984, 991, 1160, 1164, 1169
- Acte correctif..... 145, 405
- Acte décisoire 472, 473, 1161
- Acte définitif 477, 1161
- Acte individuel 77, 158, 396, 397, 908, 962
- Acte invitatif..... 490
- Acte préparatoire..... 475, 477, 746, 1161
- Acte provisoire 469, 1161
- Acte unilatéral 135, 204, 377, 395, 396, 397, 425, 462, 463, 464, 564, 951, 966, 991, 1160
- Acte unique européen..... 170, 171
- Actus reus..... 234
- Administrative Justice & Tribunals Council 259
- Aéroport 99, 100, 113, 144, 146, 169, 175, 517, 943, 947, 1144
- Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (A.C.E.R.)..... 10, 179, 1138
- Air Transport Licensing Authority 100
- Amicus curiae*..... 229, 624, 960
- Analyse économique du droit..... 91, 177, 256, 267, 268, 269, 270, 271, 274, 275, 276, 334, 483, 524, 537, 710, 713, 714, 936, 938, 1159, 1165
- Appeal..... 31, 33, 201, 245, 293, 315, 350, 552, 558, 570, 571, 578, 617, 772, 773, 792, 799, 801, 802, 805, 808, 809, 810, 811, 815, 816, 829, 830, 839, 842, 844, 845, 850, 851, 854, 855, 857, 864, 865, 871, 877, 880, 884, 885, 886, 888, 928, 969, 1019, 1032, 1168
- Arbitrage 141, 174, 194, 262, 265, 343, 345, 373, 396, 403, 404, 420, 495, 521, 522, 692, 959, 1139
- AT & T..... 156, 157, 159, 160, 249
- Audi alteram partem* 429, 549, 550, 1013
- Audiovisuel 88, 89, 95, 106, 108, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 122, 123, 126, 130, 134, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 162, 166, 171, 182, 188, 190, 191, 194, 196, 215, 217, 237, 275, 298, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 364, 367, 369, 371, 388, 420, 443, 456, 458, 461, 467, 473, 474, 499, 510, 602, 609, 611, 642, 645, 649, 651, 655, 664, 681, 694, 695, 698, 702, 780, 781, 786, 800, 802, 803, 819, 835, 837, 859, 860, 863, 864, 866, 886, 936, 959, 998, 999, 1002, 1003, 1093, 1140, 1157, 1158
- Autonomie de la volonté 204, 208, 210, 324, 352, 999
- Autorégulation 288, 345, 485
- Autorisation administrative préalable 100, 122, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 137, 139, 142, 144, 145, 150, 152, 153, 166, 183, 197
- Autorité administrative indépendante... 25, 38, 40, 41, 42, 44, 45, 49, 56, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 109, 113, 114, 115, 119, 130, 149, 161, 162, 178, 191, 197, 223, 232, 249, 254, 255, 297, 298, 299, 301, 302, 319, 348, 440, 445, 449, 471, 482, 489, 492, 493, 494, 495, 499, 503, 535, 540, 593, 597, 622, 630, 638, 639, 640, 642, 646, 660, 665, 666, 667, 670, 672, 678, 682, 706, 711, 712, 722, 724, 726, 731, 755, 786, 818, 823, 828, 829, 858, 859, 875, 882, 883, 887, 890, 900, 901, 903, 904, 905, 912, 923, 924, 928, 932, 933, 934, 937, 938, 940, 946, 948, 949, 953, 954, 955, 956, 981, 986, 987, 989, 991, 992, 995, 998, 1005, 1006, 1009, 1010, 1013, 1015, 1045, 1057, 1061, 1114, 1139, 1140, 1156, 1157, 1169
- Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (A.C.A.M.)..... 646, 819, 858, 859
- Autorité de la concurrence 41, 42, 56, 128, 149, 165, 190, 228, 229, 230, 231, 239, 242, 251, 253, 267, 333, 344, 346, 347, 349, 369, 385, 396, 398, 399, 449, 468, 478, 661, 666, 673, 674, 677, 678, 679, 691, 695, 704, 819, 821, 823, 824, 833, 846, 849, 853, 856, 866, 883, 888, 962, 980, 983, 989, 1005, 1006, 1007, 1011, 1049, 1089, 1099, 1130, 1131, 1133
- Autorité de régulation ... 46, 51, 58, 59, 60, 61, 62, 68, 69, 70, 74, 75, 78, 81, 84, 86, 87, 88, 89, 108, 112, 142, 153, 176, 177, 195, 210, 217, 240, 254, 261, 262, 302, 342, 346, 362, 363, 396, 449, 455, 459, 500, 537, 583, 690, 711, 716, 729, 742, 808, 832, 853, 858, 866, 871, 877, 886, 907, 917, 918, 927, 960, 965, 1156, 1157

Autorité de régulation des activités ferroviaires
(A.R.A.F.) . 10, 62, 194, 251, 302, 319, 339, 360, 646,
676, 834, 904, 1046
Autorité de régulation des mesures techniques
(A.R.M.T.) . 62, 87, 186, 191, 192, 193, 194, 241, 319,
320, 323, 1006, 1009
Autorité européenne des marchés financiers (E.S.M.A.)
..... 180
Autorité indépendante de marché 60, 61, 1156
Autorité réglementaire nationale 70, 71, 137, 173, 174,
343, 354, 389, 392, 405, 455, 456, 479, 633, 735, 740,
741, 742, 743, 746, 747, 831
Autosaisine 254, 365, 668, 671, 674
Aviation..... 81, 87, 99, 100, 121, 140, 151, 152, 169, 187,
317, 802, 1080, 1142, 1143

B

B.B.C.. 102, 103, 106, 110, 111, 112, 122, 143, 160, 284,
570, 776, 1113, 1143
Balance of probabilities 306, 609
Beyond reasonable doubt 306, 609, 610
Bonne foi..... 204, 206, 212, 222, 353, 354, 389, 815
Breach of statutory duty 225, 911, 914
Breach of the peace 568
British Airports Authority 113
British Bill of Rights 714
British Telecom (B.T.) . 72, 109, 110, 119, 121, 122, 137,
144, 145, 158, 160, 161, 170, 206, 356, 359, 363, 373,
374, 391, 405, 409, 413, 608, 611, 613, 614, 615, 616,
627, 631, 684, 850, 871, 872, 880, 892, 1068, 1103,
1112, 1113, 1117, 1118, 1134, 1140, 1142

C

C.A.A. 68, 84, 87, 113, 120, 138, 142, 144, 146, 187,
254, 261, 435, 802
C.E.C.E.I. 61
C.R.E. 10, 41, 42, 45, 56, 61, 62, 156, 184, 186, 189, 201,
242, 247, 251, 339, 347, 348, 354, 359, 366, 367, 390,
391, 392, 398, 407, 410, 412, 413, 416, 417, 443, 469,
499, 660, 663, 665, 675, 676, 680, 682, 683, 684, 686,
688, 692, 694, 696, 697, 704, 706, 712, 722, 788, 797,
818, 819, 828, 837, 838, 846, 856, 869, 875, 876, 882,
903, 904, 933, 981, 983, 993, 1005, 1007, 1049, 1050,
1058, 1063, 1097, 1098, 1132, 1133
C.S.A. 3, 10, 41, 42, 56, 61, 63, 65, 81, 87, 118, 123, 124,
125, 126, 129, 130, 131, 132, 134, 148, 149, 150, 185,
188, 189, 190, 191, 194, 217, 242, 251, 298, 301, 319,
327, 328, 330, 331, 332, 339, 340, 341, 358, 360, 366,
367, 370, 396, 398, 407, 437, 443, 444, 445, 449, 453,
456, 457, 458, 459, 461, 462, 466, 467, 473, 475, 476,
535, 561, 564, 642, 645, 646, 647, 648, 651, 652, 653,
654, 655, 656, 660, 662, 663, 664, 670, 675, 676, 677,
678, 681, 682, 683, 685, 692, 693, 694, 695, 696, 698,
699, 701, 703, 706, 722, 730, 780, 785, 788, 800, 818,
820, 825, 829, 834, 835, 836, 837, 838, 846, 848, 853,
863, 867, 876, 899, 904, 937, 981, 986, 987, 989, 990,
992, 998, 1003, 1007, 1011, 1013, 1042, 1046, 1048,
1055, 1061, 1062, 1081, 1082, 1083, 1133
Cable Authority 110, 112, 143
Certiorari .. 30, 32, 38, 138, 287, 400, 401, 432, 766, 767,
768, 769, 1034

Chemins de fer .. 35, 39, 98, 101, 105, 114, 156, 173, 175,
194, 318, 350, 360, 367, 380, 385, 408, 729, 905,
1071, 1132, 1137
Civil Aeronautics Board..... 153, 154
Clauses exorbitantes du droit commun..... 203
Collaborative governance..... 231, 385
Commission bancaire . 662, 667, 668, 670, 671, 672, 674,
707, 819, 852, 859, 903, 904, 905, 906, 907, 916,
1050, 1095
Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et
des institutions de prévoyance (C.C.A.M.I.P.)..... 450,
649, 669, 700, 705, 903, 904, 905, 906, 908
Commission de la concurrence 47, 163, 210, 251, 1132
Commission des opérations de bourse (C.O.B.)..... 41, 64,
298, 449, 564, 643, 647, 654, 657, 658, 662, 663, 666,
667, 673, 901, 902, 906, 1048
Commission nationale de la communication et des
libertés (C.N.C.L.) 10, 117, 148, 908, 989
Common carrier 211, 223, 378, 379, 381, 971, 1029
Competition Appeal Tribunal..... 3, 10, 137, 216, 217, 344,
356, 358, 359, 363, 390, 391, 403, 404, 405, 409, 413,
480, 608, 609, 610, 613, 614, 615, 616, 618, 626, 627,
631, 634, 684, 691, 744, 751, 799, 800, 801, 802, 803,
804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814,
816, 822, 841, 842, 844, 845, 847, 850, 851, 854, 857,
866, 870, 871, 872, 875, 877, 879, 880, 884, 885, 886,
929, 934, 935, 938, 939, 1023, 1026, 1027, 1032,
1167, 1168
Concessionnaire 127, 318, 381, 382, 521, 905
Concurrence déloyale..... 226, 227, 228, 230, 518
Conflits d'intérêts..... 82, 556, 601, 993
Confusion des fonctions 18, 20, 21, 557, 605, 617, 618,
621, 670, 671, 754, 1164
Conseil d'État (juge des référés) .. 655, 698, 706, 834, 836
Conseil des marchés financiers (C.M.F.) 10, 66, 132, 449,
573, 657, 658, 666, 667, 668, 670, 783, 787, 902,
1051, 1060, 1079
Constitution économique 522, 523, 1162
Constitutionnalisme juridique 719
Contestabilité 154, 155, 384, 524
Continuité du service public..... 326, 328, 329, 1088
Contractualisation 402, 494, 987, 1015
Contrat .. 85, 130, 134, 135, 137, 141, 144, 161, 187, 196,
200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211,
212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222,
223, 224, 227, 230, 240, 247, 288, 305, 315, 316, 321,
324, 325, 340, 346, 347, 350, 352, 354, 357, 362, 366,
367, 368, 373, 374, 375, 382, 391, 393, 396, 398, 402,
407, 408, 409, 410, 411, 412, 419, 435, 462, 463, 464,
467, 477, 516, 521, 614, 683, 686, 687, 691, 695, 725,
731, 805, 807, 824, 856, 877, 887, 905, 936, 943, 945,
956, 957, 958, 959, 960, 966, 983, 987, 994, 996, 997,
1000, 1001, 1005, 1010, 1012, 1050, 1158, 1159,
1160
Contrats déséquilibrés 203
Contrats imposés 212
Contrôle (erreur de droit) 461, 579, 608, 646, 703, 763,
771, 775, 835, 863, 864, 868, 871, 885, 906
Contrôle (erreur manifeste d'appréciation) 254, 461, 564,
646, 647, 775, 776, 777, 786, 796, 859, 860, 862, 867
Contrôle (illégalité externe) 862, 908
Contrôle (illégalité interne) 863
Contrôle (refus d'engager une procédure répressive). 647,
858, 860, 1168

Contrôle de légalité (les pouvoirs du juge)... 30, 212, 412, 681, 764, 766, 806, 808, 832, 847, 848, 851, 854, 925, 938, 1001, 1161, 1166, 1168
 Contrôle de proportionnalité... 453, 455, 526, 562, 563, 564, 568, 569, 572, 588, 765, 770, 775, 776, 777, 778, 783, 785, 786, 787, 788, 790, 796, 805, 865, 938, 962, 979, 1166
 Contrôle normal... 564, 652, 705, 776, 781, 785, 788, 798, 864, 867
 Contrôle restreint... 567, 588, 778, 785, 816, 817, 859, 860, 867, 890, 924, 935, 938
 Copyright Tribunal... 314
 Council on Tribunals... 259, 621, 810, 1140
 Coûts irrécupérables... 155
 Culpabilité... 234, 304, 305, 306, 309, 445, 446, 450, 607, 609, 653, 671, 673, 929, 1091, 1092
 Cumuls de fonctions... 556

D

Décision administrative... 31, 34, 37, 48, 80, 134, 136, 140, 182, 254, 259, 266, 278, 282, 314, 340, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 403, 414, 420, 425, 428, 431, 432, 434, 460, 465, 476, 536, 553, 572, 618, 623, 647, 648, 681, 686, 687, 725, 731, 756, 758, 761, 767, 772, 775, 783, 791, 796, 801, 815, 830, 831, 832, 833, 834, 839, 840, 841, 842, 852, 859, 871, 876, 877, 881, 887, 902, 903, 935, 1160, 1161, 1167
 Décision administrative (caractère exécutoire)... 831, 1167
 Décision administrative unilatérale... 134
 Déclaration préalable... 183, 453
 Démonopolisation... 150, 197
 Déséquilibre des relations contractuelles... 202, 203, 205
 Dialogisme... 487, 488, 489, 953
 Dignité de la personne humaine... 327, 330, 459, 863, 864
 Director General of Fair Trading... 121, 146, 306, 528, 610, 841, 842, 850, 884, 1107, 1136
 Director General of Gas Supply (Ofgas)... 112, 146
 Discrimination... 212, 213, 228, 240, 360, 390, 407, 410, 585, 586, 696
 Doctrine anglaise... 29, 60, 274, 400, 497, 511, 537, 552, 617, 621, 641, 710, 713, 719, 721, 765, 769, 770, 914, 924, 938, 941, 1164, 1165
 Doctrine française... 60, 254, 464, 505, 641, 710, 712, 721, 761, 887, 938, 955, 1001, 1165
 Doctrine privatiste... 540, 711
 Domaine public... 127, 135, 183, 224, 296, 327, 378, 381, 382, 383, 384, 521, 785, 953, 954, 992, 1090
 Dommages et intérêts... 25, 129, 214, 215, 226, 228, 287, 347, 352, 400, 471, 585, 841, 921, 930
 Droit (fonction économique du)... 507, 511, 512, 937
 Droit (fonction sociale du)... 218, 511
 Droit à l'assistance... 550, 677, 685
 Droit à la suspension de la décision administrative... 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 1167
 Droit à une protection juridictionnelle effective... 633, 735, 736, 739, 741, 743, 1067, 1120, 1166
 Droit au recours... 552, 633, 729, 733, 734, 735, 736, 737, 740, 742, 743, 744, 747, 772, 793, 797, 806, 810, 847, 892, 900, 1166
 Droit civil... 7, 12, 13, 19, 22, 127, 129, 133, 204, 207, 210, 212, 213, 214, 216, 218, 220, 221, 266, 294, 306, 354, 399, 463, 575, 586, 678, 714, 757, 912, 920, 942, 943, 946, 956, 957, 959, 964, 966, 1165

Droit commun du procès équitable... 540, 543, 726
 Droit comparé... 13, 14, 44, 46, 47, 51, 59, 60, 63, 66, 68, 69, 116, 224, 232, 234, 255, 263, 339, 350, 363, 377, 378, 400, 405, 433, 460, 481, 500, 589, 641, 708, 726, 727, 731, 779, 818, 877, 898, 909, 911, 912, 914, 936, 937, 939, 940, 941, 950, 951, 963, 965, 976, 977, 978, 994, 999, 1000, 1007, 1038, 1039, 1040, 1140, 1156, 1157, 1169
 Droit d'accès... 136, 170, 173, 184, 212, 221, 223, 342, 351, 352, 354, 366, 367, 372, 378, 379, 380, 387, 388, 389, 408, 410, 417, 589, 606, 643, 644, 646, 704, 734, 736, 748, 771, 779, 998, 1047
 droit d'être entendu... 547, 548, 549, 550, 589, 664, 1163
 Droit d'être informé... 428, 547, 548, 603, 1163
 Droit de caractère civil... 44, 417, 418, 450, 451, 452, 593, 603, 750, 755, 784, 794, 894
 Droit de formuler des observations... 547, 549, 602, 604, 605, 664
 Droit de la concurrence... 91, 116, 145, 146, 153, 163, 164, 170, 171, 172, 173, 174, 180, 183, 187, 191, 195, 200, 203, 204, 206, 210, 214, 215, 216, 220, 221, 224, 227, 231, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 247, 255, 265, 266, 274, 275, 306, 309, 327, 334, 340, 344, 346, 347, 348, 349, 354, 359, 368, 369, 376, 379, 380, 383, 393, 398, 405, 417, 420, 462, 463, 471, 477, 478, 502, 524, 525, 526, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 582, 609, 653, 657, 658, 691, 715, 811, 812, 821, 822, 824, 836, 842, 850, 853, 869, 870, 874, 875, 884, 887, 935, 939, 940, 941, 945, 946, 958, 964, 981, 985, 996, 999, 1002, 1004, 1007, 1008, 1055, 1058, 1059, 1129, 1158, 1160
 Droit de la consommation... 41, 206, 362, 444, 531, 828
 Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*privilege against self-incrimination*)... 607, 677
 Droit de propriété... 98, 130, 159, 192, 211, 218, 231, 287, 299, 300, 313, 316, 319, 321, 323, 324, 325, 330, 341, 343, 352, 369, 370, 372, 376, 377, 380, 384, 392, 393, 406, 409, 410, 411, 414, 419, 420, 511, 531, 533, 535, 587, 686, 805, 1093, 1160
 Droit de propriété (exclusivité)... 231, 376, 377, 379, 383, 384, 393, 521
 Droit des biens... 91, 200, 231, 232, 266, 274, 275, 334, 376, 531, 537, 936
 Droit des contrats... 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 224, 230, 271, 334, 353, 354, 357, 359, 375, 392, 407, 462, 483, 531, 535, 869, 887, 936, 948, 982, 994, 997, 1008, 1158, 1159
 Droit des marchés financiers... 206, 530, 531
 Droit des obligations... 91, 200, 201, 202, 204, 221, 230, 231, 232, 239, 244, 274, 275, 334, 537, 911, 956, 981, 1040
 Droit exclusif... 109, 112, 150, 151, 152, 517
 Droit pénal... 12, 126, 130, 142, 200, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 244, 247, 256, 266, 272, 273, 274, 275, 281, 282, 294, 297, 299, 302, 304, 306, 309, 311, 334, 399, 425, 426, 436, 440, 446, 447, 456, 508, 509, 537, 561, 564, 566, 569, 572, 574, 576, 578, 579, 593, 609, 641, 647, 648, 654, 656, 660, 674, 678, 707, 714, 715, 725, 761, 856, 864, 911, 936, 938, 944, 949, 961, 963, 964, 992, 993, 1007, 1009, 1088, 1093, 1094, 1158, 1165
 Droit privé... 15, 93, 133, 134, 137, 151, 153, 165, 192, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 218, 220, 221, 222, 231, 239, 244, 262, 264,

292, 295, 322, 327, 344, 368, 374, 375, 376, 380, 393, 398, 401, 402, 403, 409, 414, 418, 432, 435, 462, 463, 464, 496, 498, 500, 501, 510, 511, 512, 513, 525, 526, 529, 531, 579, 686, 687, 710, 711, 712, 795, 804, 805, 824, 825, 841, 875, 877, 887, 910, 911, 913, 920, 934, 936, 939, 942, 943, 946, 948, 950, 951, 952, 953, 958, 960, 961, 962, 964, 965, 966, 977, 995, 999, 1013, 1037, 1089, 1158, 1160

Droit processuel233, 540, 541, 751, 884, 1001, 1088

Droit subjectif.....21, 27, 31, 226, 351, 352, 355, 370, 372, 390, 399, 511, 769, 893, 911, 912, 920, 922, 1003

Droits contractuels.....409, 419

Droits de la défense...25, 45, 46, 130, 296, 304, 309, 311, 428, 431, 432, 433, 438, 439, 441, 445, 449, 460, 476, 477, 546, 550, 551, 552, 587, 588, 602, 603, 604, 623, 632, 634, 661, 662, 663, 664, 665, 668, 673, 701, 702, 704, 723, 740, 758, 770, 777, 780, 824, 833, 836, 857, 1003, 1005, 1164, 1165

Dualisme juridictionnel 49, 247, 283, 706, 751, 898, 901, 910, 911, 939, 940, 998, 1088, 1158

Duty of care..... 914, 917, 919

E

Eau 67, 87, 88, 89, 98, 105, 114, 127, 146, 150, 152, 158, 166, 182, 184, 194, 195, 196, 316, 334, 339, 349, 369, 510, 687, 802, 806, 807, 845, 857, 928, 946, 951, 1133, 1139, 1158

Échec des négociations..... 208, 271, 357, 358, 359, 360

Échec du marché 79, 154, 201, 504, 1162

École du Public Choice 484, 496

Économie des coûts de transaction 177

Efficacité économique 108, 113, 220, 410, 411, 501, 520, 523, 524, 525, 531, 535, 536, 867, 1162

Efficience économique 220, 342, 524, 525

Employment Tribunal 41, 314

Engagements36, 76, 83, 116, 130, 132, 139, 146, 148, 151, 168, 177, 185, 212, 214, 239, 240, 266, 270, 324, 353, 382, 405, 424, 461, 462, 463, 464, 465, 471, 478, 544, 571, 579, 582, 586, 629, 631, 635, 637, 642, 646, 654, 662, 663, 673, 685, 686, 730, 767, 769, 795, 812, 841, 867, 889, 890, 892, 893, 894, 897, 898, 899, 900, 901, 903, 904, 906, 908, 910, 915, 917, 918, 919, 922, 934, 938, 939, 952, 964, 987, 1121, 1165, 1169

Enquête (droit de visite) 643, 757

Enquiry..... 258, 366, 590

Équité..202, 207, 208, 209, 210, 221, 224, 476, 531, 549, 550, 553, 554, 559, 568, 619, 622, 627, 667, 689, 694, 695, 696, 697, 725, 770, 782, 795, 918, 942, 952, 993, 1165

Equity 28, 35, 49, 209, 282, 283, 284, 400, 470, 588, 719, 766, 767, 769, 910, 914

Estoppel..... 571, 572

Établissement public59, 84, 102, 104, 107, 108, 109, 112, 122, 143, 361, 366, 374, 518, 1128

État (conception de l'État au Royaume-Uni).....507

État postrégulateur.....496

État providence.....50, 258, 494, 495, 510, 513, 1162

État régulateur 494, 495, 496, 1162

États-Unis. 28, 29, 96, 110, 140, 151, 153, 155, 156, 157, 159, 160, 167, 168, 171, 172, 196, 212, 224, 231, 238, 248, 255, 259, 262, 265, 290, 315, 316, 425, 427, 509, 511, 524, 530, 589, 622, 624, 713, 729, 755, 767, 817, 888, 909, 939, 954

Exécution forcée 129, 133, 238, 291, 292, 293, 954, 1010

Expertise 154, 180, 190, 252, 256, 257, 261, 621, 721, 744, 793, 813, 816, 826, 866, 867, 869, 870, 872, 877, 884, 970, 1021

Expropriation 315, 319, 556, 590, 624, 793, 894, 953, 958

F

F.S.A. 10, 41, 42, 619

Facilités essentielles152, 171, 239, 240, 344, 368, 950, 981

Federal Communications Commission (F.C.C.) 119, 156, 157, 315, 320, 1027, 1115

Finalité répressive 425, 436, 1161

Fonction administrative.15, 21, 23, 28, 30, 37, 52, 53, 54, 55, 136, 138, 150, 197, 226, 247, 262, 263, 264, 265, 325, 337, 340, 500, 502, 503, 513, 514, 530, 697, 706, 710, 936, 954, 957, 965, 1162

Fonction coercitive.....4, 91, 124, 125, 134, 139, 150, 166, 172, 177, 200, 231, 262, 278, 279, 280, 307, 308, 326, 338, 422, 465, 481, 535, 536, 537, 1157, 1159, 1161

Fonction contentieuse..... 4, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 77, 79, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 119, 124, 138, 140, 142, 143, 166, 167, 169, 171, 172, 178, 180, 196, 197, 198, 199, 200, 232, 239, 244, 257, 262, 266, 267, 268, 271, 274, 275, 278, 281, 289, 323, 326, 332, 333, 334, 335, 337, 338, 422, 481, 482, 483, 531, 534, 535, 536, 537, 540, 542, 543, 544, 545, 553, 555, 579, 580, 581, 586, 589, 590, 591, 594, 597, 599, 600, 601, 605, 608, 617, 619, 622, 623, 625, 628, 630, 632, 634, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 678, 706, 709, 710, 711, 713, 714, 715, 716, 717, 720, 723, 724, 725, 726, 727, 729, 730, 731, 732, 734, 745, 747, 748, 780, 796, 797, 798, 799, 802, 805, 816, 825, 828, 829, 851, 872, 880, 885, 886, 887, 889, 890, 903, 905, 923, 924, 925, 927, 928, 931, 932, 933, 934, 936, 937, 938, 939, 940, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1168, 1169

Fonction de nature publique (critère de l'acte administratif en droit anglais) 401, 434

Fonction du droit (fonction économique)... 507, 511, 512, 937

Fonction du droit (fonction sociale) 218, 511

Fonction juridictionnelle 16, 17, 20, 21, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 37, 38, 44, 45, 46, 48, 49, 55, 56, 88, 138, 199, 260, 283, 638, 727, 737, 894, 950, 982, 986, 1156

Fonctions administratives. 18, 19, 20, 29, 30, 34, 37, 262, 428, 497, 498, 503, 505, 513, 531, 536, 712, 1162

Fondement du *judicial review* 401, 762, 763, 771

Fondement du recours pour excès de pouvoir 762

Forcer à contracter212, 215, 216, 406, 407, 408, 414, 420

Frustration of contract 205

G

G.A.T.T.....160, 167, 168, 169, 1158

H

Habeas Corpus 285, 286, 441, 971

Haute autorité de la communication audiovisuelle (H.A.C.A.) 116, 1003 1186

Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (H.A.D.O.P.I.) 10, 62, 87, 194, 241, 251, 266, 299, 301, 305, 333, 343, 358, 439, 444, 682, 705, 722, 781, 818, 820, 825, 834, 838, 903, 904, 1002, 1005, 1093, 1094

I

Impartialité 27, 73, 108, 118, 120, 123, 124, 246, 385, 416, 417, 428, 449, 555, 556, 557, 558, 560, 601, 602, 604, 606, 663, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 723, 748, 751, 752, 753, 754, 758, 783, 792, 810, 909, 937, 963, 993, 1002, 1045, 1051, 1060, 1083, 1163, 1164, 1165, 1166
 Impartialité (risque de préjugement) 556, 557, 667
 Impartialité objective 557, 666, 670, 1165
 Impartialité subjective 556
 Imputabilité 304, 305, 656, 659, 1084
 Inaction 148, 179, 228, 646, 896, 928, 1165
 Incrimination indirecte 648
 Indépendance (des autorités de régulation) 18, 23, 29, 32, 33, 36, 43, 44, 47, 64, 67, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 108, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 162, 169, 177, 178, 179, 248, 256, 263, 371, 385, 416, 489, 493, 619, 636, 666, 672, 676, 683, 711, 720, 722, 729, 744, 745, 747, 748, 749, 750, 751, 754, 755, 795, 814, 828, 870, 890, 924, 932, 950, 965, 990, 994, 1157, 1166
 Independent Television Authority (I.T.A.) .. 107, 122, 140
 Independent Television Commission (I.T.C.) 122
 Independent Broadcasting Authority (I.B.A.) 107, 110, 112, 141, 142, 776, 1106, 1108, 1135
 Independent system operator 385
 Infraction 73, 75, 78, 96, 131, 164, 184, 212, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 256, 269, 280, 281, 282, 284, 291, 294, 295, 302, 303, 304, 305, 306, 309, 311, 317, 324, 365, 377, 425, 433, 441, 442, 450, 456, 457, 458, 460, 461, 477, 481, 509, 561, 562, 564, 565, 566, 569, 570, 572, 573, 575, 576, 577, 578, 584, 592, 603, 604, 608, 609, 611, 612, 613, 614, 618, 634, 647, 648, 649, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 659, 660, 677, 702, 703, 759, 852, 861, 881, 1062, 1158, 1159, 1164
 Infrastructure essentielle 368, 370, 383
 Injonction .. 30, 41, 42, 44, 57, 79, 89, 130, 133, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 158, 162, 164, 176, 182, 184, 190, 193, 214, 215, 216, 239, 250, 266, 283, 284, 323, 324, 334, 337, 340, 343, 347, 373, 395, 400, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 419, 420, 428, 461, 466, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 536, 551, 563, 582, 585, 601, 604, 605, 606, 607, 608, 611, 641, 680, 683, 685, 686, 691, 701, 702, 704, 705, 746, 766, 767, 768, 769, 776, 807, 812, 840, 841, 845, 854, 928, 938, 962, 989, 1012, 1161, 1164, 1165
 Institutions administratives comparées 60
 Interconnexion. 74, 75, 104, 151, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 165, 168, 169, 173, 174, 175, 195, 201, 206, 215, 217, 225, 226, 227, 228, 229, 241, 271, 318, 342, 352, 353, 354, 358, 359, 364, 374, 375, 386, 389, 390, 391, 398, 405, 406, 417, 477, 479, 480, 583, 680, 685, 688, 693, 694, 948, 963, 988, 1010, 1132, 1137, 1138
 Intérêt général 162, 170, 171, 208, 216, 218, 219, 220, 243, 319, 321, 370, 382, 383, 384, 406, 419, 437, 442, 490, 492, 498, 500, 502, 515, 624, 641, 659, 660, 687, 703, 764, 874, 885, 893, 911, 919, 957, 960, 1161

Intérêt pour agir 740, 741, 769, 859, 1166
 Internement administratif 289, 296, 299, 954, 1127
 Interopérabilité 172, 173, 175, 191, 214, 241, 266, 319, 320, 352, 361, 369, 388, 390, 479, 648, 685, 982, 984, 1002, 1130, 1137
 Interprétation stricte de la loi pénale 233, 237, 1158

J

Judicial review 30, 134, 135, 136, 138, 142, 210, 216, 245, 246, 251, 252, 260, 287, 288, 308, 331, 365, 396, 400, 401, 402, 404, 414, 431, 432, 434, 474, 541, 542, 549, 550, 551, 558, 568, 636, 719, 729, 733, 747, 750, 757, 758, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 772, 773, 774, 775, 777, 778, 779, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 801, 802, 804, 805, 807, 808, 809, 815, 816, 817, 826, 830, 840, 842, 844, 845, 847, 850, 851, 854, 855, 857, 861, 864, 865, 871, 877, 880, 881, 884, 886, 888, 890, 920, 926, 927, 928, 929, 931, 935, 938, 940, 974, 1018, 1019, 1021, 1022, 1026, 1036, 1063, 1064, 1111, 1167, 1168
 Judicial review (*certiorari*) 30, 32, 38, 138, 287, 400, 401, 432, 766, 767, 768, 769, 1034
Judicial review (mandamus) 400, 766, 767, 768, 971
Judicial review (prohibition) 18, 20, 30, 185, 238, 280, 281, 284, 286, 287, 289, 314, 400, 401, 430, 459, 528, 648, 687, 766, 767, 768, 840
 Juridiction administrative spécialisée 28, 34, 50, 564, 641, 674, 750, 799, 939, 949

L

Lands Tribunal 314
 Lettres de cachet 37, 713
 Libéralisme 14, 15, 98, 219, 501, 510, 513, 514, 515, 519, 520, 522, 523, 524, 529, 536, 641, 963, 1162
 Liberté contractuelle 98, 159, 203, 204, 205, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 218, 219, 313, 314, 317, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 341, 342, 343, 352, 354, 406, 407, 411, 414, 420, 523, 525, 534, 680, 686, 696, 953, 981, 999, 1000, 1002, 1004, 1007, 1010, 1012
 Liberté d'entreprendre 321, 515, 1001
 Liberté d'expression 235, 299, 300, 328, 330, 331, 380, 612, 703, 778, 864, 865
 Liberté de communication 42, 87, 116, 117, 118, 123, 125, 131, 148, 149, 185, 188, 190, 209, 297, 298, 300, 301, 304, 319, 327, 328, 330, 355, 370, 374, 405, 434, 443, 444, 445, 456, 564, 642, 645, 647, 648, 651, 652, 653, 655, 656, 660, 664, 665, 676, 677, 681, 683, 685, 694, 696, 698, 701, 780, 818, 820, 837, 838, 846, 851, 852, 856, 862, 899, 983, 989, 996, 1012, 1089, 1090, 1091, 1128
 Liberté des prix 41, 116, 220, 410, 577, 1128
 Liberté du commerce et de l'industrie 211, 317, 322, 384, 515, 516, 518, 527, 528, 536, 705, 957, 982, 999, 1000
 Liberté tarifaire 220, 406, 410, 411, 414, 420, 867
 Libertés publiques 12, 43, 93, 296, 301, 317, 378, 383, 384, 406, 414, 420, 476, 517, 532, 543, 551, 554, 563, 568, 705, 719, 938, 990, 1161
 Libre concurrence 72, 105, 116, 118, 188, 334, 380, 495, 527, 528, 996, 999
 Litiges transfrontaliers 178, 179, 180, 265, 343, 371

M

Magistrature économique 217, 985
Mandamus 400, 766, 767, 768, 971
 Manquement 73, 74, 75, 127, 147, 148, 172, 178, 184, 214, 225, 226, 230, 233, 236, 257, 293, 294, 303, 311, 412, 422, 425, 433, 434, 443, 446, 448, 449, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 465, 474, 566, 574, 602, 603, 613, 618, 642, 648, 649, 652, 653, 655, 656, 657, 659, 660, 670, 698, 699, 702, 724, 746, 747, 748, 803, 830, 837, 858, 861, 864, 865, 899, 920, 933, 1161
 Marché (quasi-marché) 529
 Matière pénale 47, 294, 298, 310, 416, 417, 418, 433, 442, 444, 449, 450, 565, 577, 593, 640, 656, 673, 704, 709, 750, 758, 759, 760, 781, 785, 786, 787, 789, 796, 801, 810, 955, 993, 1010, 1166
 Médiateur 162, 164, 188, 249, 263, 264, 265, 266, 346, 691, 929, 991, 1005, 1007, 1130
 Médiateur de l'énergie 264
 Médiateur des communications électroniques 264, 265
 Médiateur du cinéma 87, 150, 159, 162, 165, 166, 193, 203, 242, 243, 249, 250, 266, 275, 319, 334, 339, 343, 370, 398, 405, 439, 468, 682, 683, 722, 819, 825, 838, 846, 988, 1000, 1134
 Médiateur du crédit 265
 Médiateur du Service universel postal 265
 Médiation 162, 163, 191, 236, 262, 263, 264, 265, 266, 343, 356, 683, 692, 984, 995, 996, 997, 998, 1012
Mens rea 234, 235, 305
 Mesure correctrice 470, 471, 472, 475, 477, 1161
 Mesure d'exécution 15, 16, 21, 34, 56, 57, 58, 70, 71, 73, 76, 89, 91, 94, 125, 126, 129, 131, 132, 133, 134, 137, 138, 147, 176, 197, 205, 208, 209, 214, 215, 219, 222, 223, 233, 238, 255, 272, 273, 282, 283, 286, 291, 292, 293, 311, 322, 324, 333, 348, 359, 360, 374, 382, 391, 398, 406, 412, 422, 445, 453, 454, 455, 462, 467, 471, 474, 478, 479, 480, 499, 577, 580, 581, 582, 624, 632, 686, 690, 692, 697, 698, 699, 719, 737, 756, 766, 780, 824, 827, 831, 833, 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842, 849, 856, 883, 905, 932, 945, 947, 951, 954, 958, 961, 966, 981, 991, 1004, 1010, 1062, 1088, 1137, 1159, 1161
 Mesures conservatoires 58, 88, 185, 242, 329, 445, 466, 467, 468, 469, 470, 481, 698, 700, 701, 705, 706, 725, 834, 835, 838, 846, 882, 989, 1052, 1131, 1132, 1161, 1165
 Mesures de police 127, 138, 294, 295, 296, 428, 436, 438, 439, 440, 445, 476, 499, 551, 554, 563, 655, 701, 705, 775
 Mesures préventives 437, 438, 448, 466, 1161
 Mesures techniques de protection 63, 191, 192, 320, 369, 370, 388, 936, 1009
Ministerial responsibility 68, 926
Ministerial responsibility 719, 926
 Mise en demeure 42, 125, 127, 129, 130, 131, 134, 137, 139, 148, 149, 184, 197, 198, 229, 237, 272, 275, 331, 333, 360, 437, 443, 453, 456, 457, 458, 459, 460, 470, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 560, 562, 602, 609, 611, 613, 634, 635, 646, 648, 649, 660, 663, 665, 701, 702, 703, 704, 812, 820, 834, 836, 837, 838, 859, 863, 908, 980, 984, 1161
 Mise en garde 473
Misfeasance in public office 287, 288, 914, 915, 917, 930
 Modèle de la concurrence pure et parfaite 153, 154, 155

Modèle juridictionnel 45, 89, 542, 598, 624, 637, 641, 715, 722, 726, 800, 1167
 Modèle managérial. 4, 542, 598, 599, 623, 634, 641, 724, 937, 1164
 Monopole naturel. 98, 105, 114, 144, 151, 152, 154, 157, 160, 195, 368, 389, 521, 1030
More economic approach (droit européen) 525, 526
 Motivation de la décision administrative ... 546, 552, 554, 555, 606, 617, 663, 677, 685, 704, 780, 849, 867, 870, 1163
 Moyens (comparaison des) – contrôle des faits.. 254, 647, 755, 759, 770, 772, 774, 784, 785, 792, 793, 805, 806, 860, 863, 871, 886, 938
 Moyens (comparaison des) – contrôle du droit 43, 48, 254, 474, 750, 756, 769, 770, 785, 795, 884, 888, 1166

N

Nationalisation .. 96, 97, 98, 100, 101, 104, 105, 155, 196, 321, 384, 515, 942, 943, 1088, 1127, 1157
Natural justice 34, 48, 401, 428, 429, 430, 431, 432, 448, 541, 547, 553, 558, 601, 1039
Negligence 30, 235, 896, 911, 914, 915
 Négociations commerciales 342, 352, 358
 Négociateur de bonne foi 206, 219, 353, 354, 480
 Néo-libéralisme ... 109, 238, 513, 514, 519, 520, 522, 524, 529, 530, 536, 990, 1162
 New Deal 520
 Non-cumul des poursuites ... 563, 569, 571, 572, 579, 592, 653, 655, 1163
Non-departmental public bodies 67
Non-ministerial government departments 67, 84
 Normativité 474, 486, 487, 488, 489, 491, 505, 508, 1004, 1011, 1161
 Normativité dialoguée 487, 489, 491, 505, 1161
 Norme technique 491
 Normes souples 489
 Notion de fonction (fonction-fin) 52, 53, 54, 1156
 Notion de fonction (fonction-objet) 52, 53, 54, 55, 58, 89, 490, 1156
 Notion de fonction (fonction-rôle) 54, 1156
 Nouvelle-Zélande 174, 224, 227
 Nuisance 292, 349, 915, 1036

O

O.F.T. 10, 42, 618
 O.M.C. 168
 O.R.R. 443, 797
 Obligation de contracter 158, 211
 Obligation de négociation 352, 353, 357
 Ofcom 10, 42, 63, 67, 68, 83, 84, 85, 86, 88, 122, 182, 186, 187, 190, 191, 217, 242, 330, 331, 332, 341, 344, 345, 349, 358, 359, 360, 362, 363, 365, 366, 374, 391, 404, 407, 408, 409, 413, 414, 420, 433, 435, 437, 443, 450, 451, 457, 458, 461, 467, 469, 474, 476, 477, 480, 600, 601, 602, 605, 606, 607, 608, 612, 613, 614, 615, 616, 624, 627, 630, 631, 632, 634, 635, 636, 691, 723, 797, 802, 803, 804, 805, 809, 810, 812, 830, 850, 851, 857, 865, 871, 872, 884, 885, 886, 1025, 1103, 1107, 1112, 1136, 1142, 1167
 Office of Fair Trading (O.F.T.) 10, 41, 121, 195, 206, 216, 306, 450, 610, 618, 841, 842, 845, 860, 861, 862, 1102, 1103, 1104, 1107, 1110

Office of the Telecommunications Ombudsman 264
Ofgem..... 10, 42, 67, 83, 84, 181, 184, 185, 242, 244, 345, 358, 365, 435, 443, 458, 606, 607, 613, 617, 723, 797, 801, 805, 806, 816, 921, 1136, 1167
Ofwat..... 67, 87, 182, 195, 196, 349, 357, 358, 435, 453, 723, 806, 807, 928, 1136, 1142, 1167
Ombudsman ..66, 263, 264, 621, 730, 765, 925, 929, 930, 931, 935, 958, 978, 1169
Ordolibéralisme..... 238, 520, 522, 523, 937
Ordre juridique 125, 128, 132, 183, 197, 198, 200, 207, 208, 309, 324, 334, 356, 422, 454, 483, 513, 514, 516, 520, 524, 526, 530, 532, 536, 537, 540, 565, 582, 583, 586, 653, 654, 691, 709, 716, 736, 739, 743, 832, 865, 874, 937, 940, 986, 1046, 1162
Ordre public 124, 145, 182, 215, 220, 223, 302, 317, 322, 327, 330, 398, 399, 402, 406, 432, 438, 439, 440, 452, 490, 500, 508, 509, 512, 515, 516, 517, 532, 563, 567, 568, 592, 686, 687, 688, 693, 694, 725, 791, 838, 864, 951, 959, 960, 1002, 1165
Ordre public économique ... 215, 223, 322, 398, 399, 406, 490, 517, 688, 694, 951, 1002
Ordre public fondamental..... 516
Organe des régulateurs européens des communications électroniques (O.R.E.C.E.)..... 179, 180, 248, 746

P

Parlement (souveraineté du) 246, 333, 709, 718, 724
Participation ..56, 294, 300, 337, 490, 494, 549, 589, 591, 597, 599, 623, 624, 629, 637, 667, 668, 670, 673, 693, 747, 749, 751, 752, 779, 832, 873, 875, 888, 961, 995, 1011, 1029, 1052, 1095
Parties prenantes (*stakeholder*)... 140, 194, 203, 231, 365, 490, 500, 623, 624, 625, 626, 627, 630, 631, 632, 634, 636, 637, 638, 802, 937, 1164
Peine... 233, 236, 268, 272, 280, 282, 284, 286, 294, 296, 297, 298, 300, 303, 331, 412, 422, 425, 427, 429, 432, 433, 434, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 453, 460, 465, 476, 565, 572, 578, 587, 592, 647, 650, 653, 654, 667, 709, 758, 784, 962, 990, 998, 1001, 1012, 1159, 1161
Phase d'instruction 20, 76, 83, 84, 87, 141, 190, 254, 255, 296, 299, 304, 305, 350, 416, 444, 458, 551, 557, 579, 617, 661, 662, 665, 667, 669, 670, 671, 673, 674, 675, 677, 681, 682, 683, 691, 703, 704, 715, 723, 745, 749, 764, 765, 779, 828, 833, 848, 855, 856, 864, 888, 902, 985, 1005, 1093, 1127, 1131
Plan Beveridge 520
Pleine juridiction (Organe judiciaire de) 594, 758, 759, 783, 785, 787
Pluralisme..... 13, 117, 132, 217, 297, 327, 328, 329, 330, 332, 514, 642, 725, 837, 959, 998, 1088, 1089
Police 14, 35, 41, 68, 96, 97, 99, 100, 103, 127, 129, 130, 134, 136, 152, 153, 154, 155, 182, 195, 196, 233, 255, 283, 288, 294, 296, 317, 381, 382, 383, 410, 430, 435, 438, 439, 440, 441, 442, 464, 484, 498, 499, 500, 505, 506, 507, 508, 509, 511, 512, 513, 515, 517, 519, 521, 530, 532, 533, 534, 536, 563, 565, 568, 576, 621, 643, 654, 712, 763, 825, 918, 922, 931, 937, 946, 956, 957, 959, 961, 962, 970, 998, 1004, 1006, 1048, 1162
Police des prix 96, 152, 153, 154, 155, 195, 410, 530
Postcomm..... 63, 67, 83, 84, 85, 182, 187, 374, 387, 407, 435, 443, 612, 723, 803, 804, 816, 864, 1136, 1167
Poursuite disciplinaire ..429, 569, 570, 574, 578, 579, 783

Pouvoir réglementaire 41, 77, 79, 82, 128, 139, 262, 295, 401, 561, 648, 650, 676, 688, 692, 693, 696, 718, 731, 748, 822, 846, 933, 950, 997
Pratique de ciseaux tarifaires..... 243
Precedent 245, 247, 773
Préjudice 73, 141, 144, 174, 185, 226, 230, 255, 317, 343, 350, 357, 360, 412, 433, 447, 469, 470, 474, 570, 584, 767, 769, 842, 894, 896, 899, 905, 909, 912, 914, 915, 916, 917, 921, 964, 1160
Prerogative 138, 259, 280, 282, 287, 290, 400, 401, 532, 766, 768, 840, 1031, 1063, 1064
Prerogative order..... 400
Prescription ... 56, 317, 448, 473, 498, 513, 514, 536, 551, 554, 575, 578, 579, 587, 609, 613, 655, 724, 739, 991, 1163, 1164
Présomption d'innocence 299, 304, 305, 306, 309, 311, 589, 609, 656, 1093
Présomption de culpabilité 304, 305, 309
Prestataires de services d'investissement .. 125, 659, 1084
Principe d'adéquation des sanctions..... 583, 785, 1163
Principe d'autonomie procédurale des États membres 735, 736, 740, 857, 873, 1010, 1166
Principe d'égalité 247, 318, 328, 378, 587, 718
Principe d'équivalence des sanctions 585, 1163
Principe de confiance légitime 553, 577, 587, 613, 615, 616, 770, 857, 1164
Principe de légalité 291, 650
Principe de légalité (*nulla poena sine lege*) 647
Principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) 576, 647
Principe de légalité des délits et des peines 130, 131, 237, 281, 289, 291, 293, 294, 295, 303, 304, 307, 445, 459, 479, 561, 562, 647, 648, 649, 650, 656, 705, 721, 724, 762, 867, 899, 986, 992, 1000, 1165
Principe de non-concurrence 516
Principe de non-discrimination ... 318, 361, 362, 396, 407, 411, 419, 583, 587, 694, 696, 1133, 1165
Principe de non-rétroactivité 445, 575, 577, 579, 587, 650, 651, 686, 687, 688, 699, 1163, 1165
Principe de personnalité des peines 562, 572, 573, 574, 656, 657, 658, 659, 660, 672, 715, 723, 725, 926, 938, 994, 1007, 1051, 1079, 1163
Principe de proportionnalité .. 80, 455, 562, 563, 565, 566, 567, 568, 579, 584, 588, 609, 610, 611, 612, 647, 650, 651, 653, 654, 673, 705, 775, 853, 929, 983, 988, 994, 1013, 1048, 1121, 1163, 1164, 1165
Principe de séparation des fonctions 12, 20, 23, 25, 26, 28, 37, 71, 72, 73, 74, 113, 120, 171, 281, 496, 601, 602, 606, 617, 618, 621, 622, 666, 672, 673, 674, 675, 682, 697, 710, 712, 713, 715, 723, 725, 726, 938, 980, 1165
Principe de spécialité 518
Principe du contradictoire ... 20, 25, 45, 46, 188, 301, 399, 438, 472, 475, 477, 478, 524, 546, 547, 550, 551, 560, 661, 662, 665, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 693, 697, 701, 703, 704, 705, 751, 753, 822, 854, 863, 868, 870, 876, 877, 939, 980, 985, 1009, 1013, 1163, 1165
Principe fondamental reconnu par les lois de la République 398, 663, 687, 780, 823, 824
Private bills 718
Privatisation 108, 109, 113, 114, 115, 118, 144, 150, 195, 197, 265, 377, 486, 492, 493, 510, 1090, 1141
Privilege de l'exécution d'office 292
Prix (fixation du prix dans les contrats) 104, 112, 139, 151, 153, 155, 157, 163, 169, 184, 195, 208, 209, 210, 216, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 240, 316, 317,

318, 362, 369, 379, 389, 410, 411, 419, 504, 509, 521, 523, 528, 532, 576, 614, 627, 634, 686, 793, 869, 961, 965, 993, 994, 997

Prix raisonnable..... 222, 223, 379

Procédure accusatoire. 141, 225, 229, 231, 252, 253, 254, 608, 679, 680, 681, 764, 765, 773, 868, 931, 935, 938, 939, 940, 1165, 1166

Procédure administrative (culture du secret) 554, 555, 558, 559, 605, 634, 638, 676, 685, 738, 937, 1163

Procédure administrative (rôle des nouvelles technologies de l'information et de la communication) 628, 630, 631, 634, 637, 638, 1164

Procédure d'engagements 76, 83, 132, 148, 168, 177, 185, 239, 240, 266, 324, 405, 424, 461, 462, 463, 464, 465, 471, 478, 582, 673, 685, 686, 767, 952, 964, 987, 1121

Procédure inquisitoire. 228, 253, 254, 662, 679, 681, 764, 930, 1165, 1166

Prohibition 18, 20, 30, 185, 238, 280, 281, 284, 286, 287, 289, 314, 400, 401, 430, 459, 528, 648, 687, 766, 767, 768, 840

Propriété intellectuelle 63, 81, 88, 89, 166, 186, 192, 194, 210, 231, 242, 251, 266, 275, 314, 319, 320, 334, 343, 355, 358, 364, 369, 370, 376, 389, 390, 405, 676, 677, 681, 682, 683, 685, 694, 818, 820, 834, 838, 846, 851, 878, 882, 936, 1128

Propriété publique 98, 100, 105, 136, 196, 220, 382, 383, 953, 967

Protection de la partie faible..... 204, 205, 206, 207, 952, 1008

Public corporation 60, 68, 102, 122, 435

Public policy..... 48, 67, 86, 205, 220, 271, 402, 432, 968, 1024, 1036

Public utility 378

Publicité 25, 64, 83, 85, 107, 140, 141, 142, 148, 149, 227, 228, 362, 451, 559, 560, 574, 585, 631, 637, 638, 655, 682, 684, 699, 783, 1061, 1127, 1165

Publicité comparative ou mensongère 227

Punition 130, 236, 270, 432, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 569, 640, 647, 651, 677, 724, 777, 833, 914, 929

Q

Quangos 66, 67, 968, 1018, 1023, 1025, 1034, 1036

Quasi-judicial..... 46, 47, 48, 429

Quasi-juridictionnel..... 554

R

Railway Commission 258, 289, 314

Rapport Macrory 12, 236, 257, 269, 274, 626, 929

Rapporteur..... 75, 115, 117, 123, 148, 361, 558, 660, 667, 668, 669, 670, 671, 673, 674, 675, 676, 682, 683, 690, 751, 753, 780, 848, 853, 876, 902, 938, 1055, 1130

Reasonableness 567, 777, 816

Rechtsstaat 238, 718, 721, 978

Recours (délais)..... 843, 1167

Recours administratif préalable obligatoire. 341, 828, 829

Recours administratifs..... 22, 34, 36, 46, 47, 49, 827, 828, 945, 1139, 1167

Recours de pleine juridiction. 19, 21, 404, 417, 420, 457, 594, 617, 618, 649, 668, 672, 674, 723, 729, 748, 750, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 767, 769, 770, 776, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 792, 793, 794, 796, 797, 802, 804, 806, 809, 811, 817,

818, 819, 820, 825, 826, 829, 838, 847, 849, 851, 852, 860, 866, 870, 879, 881, 886, 887, 888, 900, 934, 935, 939, 940, 955, 963, 992, 997, 1000, 1004, 1011, 1042, 1166

Recours gracieux..... 828, 829

Refus d'engager une procédure répressive. 647, 858, 860, 1168

Refus de contracter..... 202, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 240, 360, 964, 981

Refus de vente 164, 212, 214

Règlement des différends 4, 10, 15, 41, 42, 45, 49, 57, 77, 79, 82, 85, 87, 88, 89, 91, 93, 124, 150, 151, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 175, 178, 179, 181, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 200, 201, 202, 203, 209, 210, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 226, 227, 231, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 249, 251, 252, 253, 261, 262, 263, 265, 266, 268, 270, 271, 272, 275, 278, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 332, 334, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 434, 457, 466, 467, 469, 470, 481, 483, 500, 535, 536, 537, 545, 580, 582, 590, 600, 601, 605, 606, 607, 608, 613, 614, 615, 616, 617, 624, 625, 626, 627, 640, 663, 665, 675, 676, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 696, 697, 700, 706, 707, 712, 722, 725, 730, 731, 741, 746, 747, 797, 798, 800, 801, 802, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 812, 819, 820, 821, 824, 825, 831, 833, 835, 838, 846, 848, 850, 851, 852, 853, 857, 866, 867, 869, 871, 872, 875, 876, 877, 878, 881, 886, 887, 903, 927, 935, 936, 938, 939, 940, 981, 983, 990, 993, 996, 1005, 1007, 1009, 1012, 1013, 1046, 1047, 1049, 1050, 1052, 1133, 1158, 1159, 1160, 1161, 1164, 1165, 1168

Régulation (mythe de l'État)..... 507, 511, 512, 937

Régulation (*principles based regulation*)..... 485, 1016

Régulation (*private interest theory of regulation*)..... 484

Régulation (*responsive regulation*) 267, 268, 272, 273, 275, 276, 333, 334, 485, 623, 625, 634, 635, 637, 1015, 1159, 1164

Régulation (*risk regulation*) 485, 972

Régulation (*self-regulation*) 288, 485, 1064, 1111

Régulation (*smart regulation*) 542, 625

Régulation (*stakeholder theory*) 490, 628

Réparation... 211, 214, 236, 285, 347, 360, 387, 412, 447, 584, 770, 827, 856, 893, 894, 895, 896, 900, 901, 902, 904, 908, 909, 911, 914

Réparation d'un préjudice 347, 412, 447, 856

Responsabilité civile ... 214, 218, 230, 573, 911, 912, 915, 921, 964

Responsabilité du fait du préposés 573, 574, 659, 1084

responsabilité pénale des personnes morales..... 233, 234, 657, 1011, 1158

Responsabilité pour faute lourde. 322, 730, 890, 898, 900, 905, 906, 907, 908, 909, 916, 923, 934, 939, 985, 1060, 1089, 1168, 1169

Restraint of trade..... 211, 517

Restrictive Practices Court 146, 246, 975

Rétroactivité 222, 412, 447, 575, 576, 577, 578, 649, 651, 686, 687, 691, 692, 697, 699, 783, 981, 1058

Roi (Fontaine de justice) 37, 280, 507, 508
 Royal Mail.....83, 85, 187, 374, 387, 407, 612, 804, 816,
 864, 865, 1110, 1112, 1136
 Rule of law ...246, 377, 570, 717, 718, 795, 923, 927, 929

S

Sanction administrative 12, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 125,
 126, 127, 128, 129, 132, 133, 162, 232, 233, 234, 235,
 236, 280, 282, 284, 287, 289, 291, 293, 295, 296, 297,
 298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310,
 311, 312, 323, 325, 330, 416, 422, 424, 425, 426, 427,
 428, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 438, 439, 440,
 442, 443, 444, 447, 449, 453, 457, 460, 461, 464, 481,
 489, 537, 563, 564, 565, 566, 573, 585, 592, 593, 609,
 635, 650, 651, 654, 655, 656, 657, 659, 660, 662, 675,
 709, 713, 714, 726, 756, 758, 767, 780, 781, 787, 788,
 789, 790, 797, 800, 887, 900, 908, 923, 928, 934, 936,
 946, 950, 954, 958, 961, 980, 984, 988, 989, 995, 996,
 998, 1000, 1002, 1006, 1007, 1009, 1012, 1053, 1144,
 1161, 1164
 Sanction pécuniaire129, 142, 144, 146, 147, 148, 149,
 150, 166, 175, 181, 182, 184, 197, 198, 237, 256, 267,
 269, 273, 275, 296, 310, 333, 334, 432, 440, 443, 448,
 450, 451, 457, 459, 561, 585, 602, 609, 611, 648, 649,
 650, 652, 654, 655, 656, 657, 659, 660, 678, 833, 834,
 836, 838, 845, 848, 852, 853, 864, 866, 936, 950, 983,
 987, 1131, 1158
 Sanctions contractuelles 128, 149
 Sanctions extrapatrimoniales443
 Sanctions fiscales296, 447, 651, 758, 783, 1010, 1058
 Sanctions patrimoniales443
 Sanctions restrictives ou privatives de droits443
 Sanctions restrictives ou privatives de liberté443
 Secteur de l'audiovisuel ... 88, 89, 95, 106, 108, 110, 111,
 112, 114, 115, 116, 117, 118, 122, 123, 126, 130, 134,
 137, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 162,
 166, 171, 182, 188, 190, 191, 194, 196, 215, 217, 237,
 275, 298, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 364, 367,
 369, 371, 388, 420, 443, 456, 458, 461, 467, 473, 474,
 499, 510, 602, 609, 611, 642, 645, 649, 651, 655, 664,
 681, 694, 695, 698, 702, 780, 781, 786, 800, 802, 803,
 819, 835, 837, 859, 860, 863, 864, 866, 886, 936, 959,
 998, 999, 1002, 1003, 1093, 1140, 1157, 1158
 Secteur de l'eau67, 87, 88, 89, 98, 105, 114, 127, 146,
 150, 152, 158, 166, 182, 184, 194, 195, 196, 316, 334,
 339, 349, 369, 510, 687, 802, 806, 807, 845, 857, 928,
 946, 951, 1133, 1139, 1158
 Secteur de l'électricité5, 10, 46, 56, 62, 70, 71, 74, 76,
 77, 78, 79, 80, 82, 84, 86, 97, 98, 104, 105, 112, 146,
 150, 158, 175, 177, 179, 181, 184, 185, 186, 215, 221,
 231, 239, 242, 251, 264, 265, 318, 322, 329, 345, 346,
 347, 348, 353, 355, 358, 359, 362, 364, 366, 367, 369,
 374, 381, 385, 386, 387, 389, 390, 392, 404, 405, 410,
 412, 416, 418, 434, 443, 455, 456, 498, 499, 583, 613,
 646, 652, 655, 656, 660, 664, 665, 676, 677, 679, 681,
 682, 683, 684, 685, 686, 696, 700, 722, 735, 740, 742,
 744, 805, 806, 808, 811, 817, 842, 846, 852, 857, 880,
 882, 883, 932, 933, 943, 947, 957, 978, 983, 993, 996,
 998, 1001, 1005, 1007, 1011, 1047, 1049, 1062, 1097,
 1128, 1129, 1132, 1133, 1137, 1138
 Secteur des communications électroniques .. 6, 10, 62, 70,
 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 85, 89, 124,
 125, 172, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184,
 186, 187, 188, 190, 194, 197, 206, 209, 215, 228, 240,

244, 251, 264, 265, 266, 329, 343, 344, 352, 353, 354,
 355, 357, 358, 359, 360, 362, 364, 368, 371, 374, 385,
 386, 387, 388, 389, 392, 405, 412, 413, 417, 420, 434,
 443, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 466, 467, 469, 470,
 480, 499, 583, 590, 599, 600, 601, 602, 604, 605, 607,
 609, 611, 613, 624, 632, 633, 646, 649, 652, 655, 660,
 664, 681, 684, 685, 688, 689, 691, 694, 695, 696, 697,
 703, 734, 735, 738, 739, 740, 741, 742, 745, 746, 747,
 801, 802, 808, 810, 811, 818, 819, 825, 831, 835, 837,
 838, 842, 846, 850, 866, 871, 875, 876, 878, 880, 882,
 883, 903, 932, 933, 942, 944, 950, 953, 962, 980, 988,
 1006, 1092, 1129, 1130, 1131, 1138, 1139, 1144
 Secteur du gaz 5, 10, 70, 71, 74, 76, 78, 79, 82, 84, 86,
 98, 104, 105, 112, 146, 150, 152, 158, 175, 177, 179,
 181, 184, 186, 206, 208, 219, 239, 240, 242, 264, 265,
 318, 324, 348, 355, 358, 364, 374, 381, 385, 387, 389,
 404, 406, 418, 453, 583, 692, 735, 740, 742, 744, 783,
 805, 806, 808, 842, 921, 983, 994, 998, 1001, 1007,
 1050, 1098, 1127, 1128, 1129, 1138
 Secteur ferroviaire62, 67, 73, 77, 80, 85, 86, 101, 146,
 150, 161, 187, 355, 357, 360, 361, 364, 374, 385, 388,
 802, 806, 807, 987, 1044
 Sécurité juridique455, 487, 587, 689, 740, 857, 983
 Séparations des pouvoirs17, 18, 19, 20, 23, 24, 28, 29,
 43, 49, 256, 298, 302, 333, 425, 471, 674, 682, 712,
 754, 797, 823, 936, 966, 991, 992, 996, 1090
 Service public..... 12, 14, 56, 63, 67, 68, 79, 80, 81, 82, 83,
 86, 98, 102, 103, 105, 110, 112, 115, 116, 117, 118,
 123, 124, 125, 126, 143, 144, 147, 165, 186, 188, 203,
 211, 213, 215, 224, 247, 251, 295, 318, 327, 328, 329,
 346, 350, 355, 359, 366, 367, 374, 378, 381, 382, 383,
 384, 387, 405, 432, 434, 435, 462, 484, 498, 500, 505,
 506, 507, 510, 511, 513, 516, 528, 530, 531, 532, 536,
 579, 628, 630, 646, 648, 652, 655, 656, 660, 664, 665,
 676, 677, 681, 683, 684, 685, 687, 693, 696, 700, 722,
 768, 846, 852, 877, 882, 883, 905, 919, 932, 933, 937,
 939, 945, 947, 948, 949, 950, 951, 954, 955, 959, 961,
 966, 979, 984, 986, 990, 995, 998, 1000, 1006, 1007,
 1093, 1094, 1128, 1129, 1131, 1132, 1140, 1162
 Services publics en réseau...41, 46, 63, 71, 77, 88, 95, 96,
 97, 105, 106, 115, 119, 121, 146, 151, 152, 160, 161,
 166, 169, 170, 175, 180, 187, 188, 195, 197, 211, 302,
 380, 381, 386, 455, 466, 483, 484, 498, 503, 936, 942,
 957, 1157, 1158
 Star Chamber30, 282, 283, 713, 717, 1135
 Strict liability offences 233, 235
 Sunshine regulation 140, 142, 148
 Sursis à exécution 780, 824, 830, 832, 835, 836, 837,
 838, 849, 992, 1167
 Système juridique247, 248, 254, 274, 275, 333, 335,
 465, 514, 547, 549, 725, 813, 818, 825, 886, 929, 934,
 935, 936, 938, 941, 978

T

Théorie de la relativité aquilienne 911, 920, 934, 939,
 1040
 Théorie du ministre-juge 21, 22, 23, 31, 36, 641, 711,
 982, 1156
 Théorie institutionnelle 534
 Tort 27, 127, 152, 206, 225, 227, 287, 310, 349, 356,
 362, 500, 559, 911, 914, 915, 917, 921, 935, 969, 971,
 1018
 Transparence61, 79, 80, 85, 132, 221, 297, 298, 327,
 354, 361, 363, 365, 409, 417, 443, 446, 492, 531, 555,

558, 559, 564, 581, 582, 586, 589, 590, 591, 597, 599,
600, 604, 613, 619, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628,
629, 630, 631, 634, 636, 637, 638, 647, 652, 678, 680,
694, 697, 725, 879, 937, 1050, 1088, 1090, 1164
Tribunal..... 7, 8, 18, 19, 32, 33, 35, 36, 38, 41, 43, 47, 48,
66, 107, 108, 120, 138, 142, 164, 199, 205, 217, 224,
227, 228, 230, 233, 240, 242, 243, 244, 245, 248, 250,
257, 258, 259, 260, 261, 262, 266, 275, 276, 283, 292,
301, 306, 314, 344, 346, 348, 352, 374, 391, 403, 409,
416, 417, 418, 419, 420, 426, 429, 431, 432, 434, 441,
448, 467, 477, 480, 527, 528, 547, 549, 553, 558, 570,
601, 609, 610, 614, 615, 616, 618, 619, 621, 627, 646,
651, 666, 667, 672, 674, 684, 729, 735, 746, 748, 749,
750, 755, 756, 757, 758, 762, 764, 771, 773, 774, 784,
787, 790, 791, 793, 795, 801, 802, 805, 806, 808, 809,
810, 811, 812, 813, 814, 816, 817, 818, 819, 826, 829,
840, 842, 844, 845, 847, 850, 854, 855, 857, 864, 871,
872, 879, 880, 884, 885, 886, 895, 901, 902, 903, 904,
908, 920, 923, 928, 934, 960, 972, 1038, 1039, 1043,
1051, 1052, 1059, 1066, 1069, 1070, 1087, 1092,
1095, 1102, 1103, 1108, 1109, 1110, 1111, 1115,
1136, 1157, 1159, 1166, 1170

U

Union internationale des télécommunications 167, 168,
356, 1145
Urgence 57, 58, 84, 190, 240, 249, 292, 337, 438, 451,
466, 467, 468, 469, 470, 479, 481, 517, 537, 546, 551,
554, 560, 563, 567, 603, 605, 654, 655, 698, 699, 700,
701, 702, 706, 776, 802, 832, 833, 834, 835, 837, 841,
842, 851, 952, 1001, 1161, 1165

V

Vice du consentement 211

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	4
-----------------------	----------

TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	6
------------------------------------	----------

INTRODUCTION GÉNÉRALE

TITRE I Justification de l'objet de la recherche	16
---	-----------

CHAPITRE I — La fonction contentieuse et l'Administration : de l'union à la séparation	17
--	----

Section 1 — La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse en France .	17
---	----

§ 1 — Jusqu'à l'arrêt Cadot : l'assimilation du contentieux et du juridictionnel	18
--	----

I — L'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration	18
--	----

II — La conception de la notion de fonction contentieuse	22
--	----

§ 2 — L'arrêt Cadot : la séparation du contentieux de l'Administration	24
--	----

I — La critique de la théorie du ministre-juge.....	24
---	----

II — L'identification de la fonction contentieuse avec la fonction juridictionnelle	27
---	----

Section 2 — La conception de la relation entre fonctions administrative et contentieuse au Royaume-Uni	30
--	----

§ 1 — Au niveau conceptuel, l'assimilation du contentieux et du juridictionnel	30
--	----

§ 2 — Au niveau organique, la séparation du contentieux de l'Administration.....	36
--	----

CHAPITRE II — La fonction contentieuse et l'Administration : de la séparation à la consécration.....	40
--	----

Section 1 — Le constat : la renaissance de la fonction contentieuse de l'Administration.....	40
--	----

§ 1 — Un phénomène ancien	40
---------------------------------	----

§ 2 — Le développement des autorités administratives indépendantes achève de consacrer cette tendance	43
---	----

Section 2 — La conséquence : la crise conceptuelle	44
--	----

§ 1 — Les critiques de la doctrine.....	45
---	----

§ 2 — Les confusions de la doctrine et le succès de l'adverbe « quasi »	46
---	----

TITRE II Construction de l'objet de la recherche.....	53
--	-----------

CHAPITRE I — La notion de fonction contentieuse	54
---	----

Section 1 — La notion de fonction.....	54
--	----

§ 1 — Les différents sens de la notion de fonction	54
--	----

I — La notion de fonction-objet	55
---------------------------------------	----

II — La notion de fonction-fin	55
--------------------------------------	----

III — La fonction-rôle	56
------------------------------	----

§ 2 — Les sens retenus.....	57
-----------------------------	----

Section 2 — La notion de fonction contentieuse	57
--	----

CHAPITRE II — La notion d'autorité de régulation	61
Section 1 — Recherche d'une méthode de construction de la notion d'autorité de régulation en droit comparé	61
§ 1 — L'absence de précédents doctrinaux	61
I — La construction doctrinale des notions d'institutions administratives en droit comparé	61
II — L'utilisation doctrinale de la notion d'autorité de régulation	62
A — La notion doctrinale d'autorité indépendante de marché	63
B — La notion doctrinale d'autorité de régulation	64
§ 2 — En droit positif, il n'existe pas de notion juridique d'autorité de régulation : celles-ci appartiennent toujours à une autre catégorie juridique.....	64
I — Absence de notion juridique d'autorité de régulation dans les droits internes	64
II — Construire la notion à partir des institutions existantes dans chaque pays ?	66
A — Les autorités administratives indépendantes en droit français	66
B — L'équivalent des autorités administratives indépendantes en droit anglais	68
Section 2 — Élaboration de la notion d'autorité de régulation en droit comparé.....	71
§ 1 — De la notion européenne à la notion interne d'autorité de régulation	72
I — La notion européenne d'autorité de régulation.....	72
A — Le critère organique : l'indépendance exigée par les directives à l'égard des opérateurs sur le marché	73
1 — La conception traditionnelle de l'indépendance.....	73
2 — Le renouvellement de la notion.....	76
B — Le critère matériel : le pouvoir de décision des autorités réglementaires nationales	79
C — Le critère fonctionnel : les missions des autorités réglementaires nationales	81
II — La notion d'autorité de régulation dans les droits internes.....	83
§ 2 — De la catégorie technique à la catégorie conceptuelle : le cadre précis de l'analyse	89
§ 3 — Précisions quant à la portée territoriale de l'analyse concernant le Royaume-Uni.....	90

PREMIERE PARTIE

L'IDENTIFICATION DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION 93

TITRE I Justifications de la fonction contentieuse des autorités de régulation 95

Sous-Titre I — Les motivations multiples des législateurs..... 96

CHAPITRE I — Les motifs conjoncturels 97

Section 1 — L'élaboration de la fonction contentieuse des autorités de régulation 97

§ 1 — La volonté initiale d'ouvrir les services publics en réseau à la concurrence 98

I — Les raisons des nationalisations..... 99

A — Les industries en réseau face au régime de liberté 100 |

1 — En régime de liberté, la concurrence peut être destructrice 101 |

2 — En régime de liberté, la concurrence peut être indésirable..... 104 |

3 — En régime de liberté, la concurrence est inadaptée 106 |

B — L'échec des alternatives à la nationalisation 107 |

II — Les causes du revirement : l'ouverture progressive à la concurrence des secteurs en réseau 108 |

A — Les prémices de l'ouverture à la concurrence au Royaume-Uni : l'audiovisuel et le secteur aérien 108 |

1 — L'audiovisuel : concilier qualité et concurrence 108 |

2 — L'aéronautique : instituer un tribunal pour maîtriser la concurrence 110 |

B — L'extension du mouvement dans les années 1980 110 |

1 — Les secteurs pionniers : les télécommunications, l'énergie et le secteur aéronautique 111 |

111

2 —	Le développement de la concurrence dans l'audiovisuel en France	117
§ 2 —	Le choix subséquent d'un mode de contrôle original de ces secteurs	122
I —	Des autorités indépendantes	122
A —	Les raisons de l'indépendance des autorités sectorielles au Royaume-Uni	122
1 —	La volonté de séparer les fonctions politiques et opérationnelles	123
2 —	L'utilisation de modèles institutionnels existants	124
3 —	Le problème de l'exploitation politique des médias	125
B —	Les raisons de l'indépendance des autorités sectorielles en France	126
II —	Des autorités dotées d'une fonction contentieuse	127
A —	Les caractères et l'évolution des pouvoirs coercitifs des autorités de régulation	127
1 —	Le point de départ : le droit commun de la fonction coercitive des autorités administratives en droit anglais et français	128
2 —	Le constat : du droit commun à la spécificité	143
B —	La naissance du pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation	154
1 —	La genèse progressive de la fonction de règlement des différends	154
2 —	La naissance du règlement des différends en France	166
Section 2 —	La consécration de la fonction contentieuse des autorités de régulation	172
§ 1 —	L'internationalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation	172
I —	L'influence du G.A.T.T.	172
II —	La consécration et la systématisation en droit de l'Union européenne	174
A —	Le droit de l'Union européenne et l'ouverture à la concurrence des services publics en réseau	175
B —	Le droit de l'Union européenne et la fonction contentieuse des autorités de régulation.	177
1 —	La fonction de règlement des différends	177
2 —	Le pouvoir coercitif : la consécration progressive de la sanction pécuniaire	181
3 —	Vers l'exercice de la fonction contentieuse au niveau européen ?	183
§ 2 —	L'épanouissement de la fonction contentieuse des autorités de régulation dans les droits internes	186
I —	Le pouvoir coercitif des autorités de régulation	186
A —	L'évolution des pouvoirs coercitifs au Royaume-Uni et en France	186
1 —	En droit anglais : l'essor de la répression administrative	186
2 —	Le cas français : l'essor de la sanction pécuniaire	188
B —	La diversification des pouvoirs coercitifs	190
II —	Le pouvoir de règlement des différends : un pouvoir qui prend son essor	191
A —	La promotion des sources	191
B —	Une disparité du champ de ces fonctions	192
1 —	Le règlement des différends en France dans les domaines de l'audiovisuel et des droits d'auteur	193
2 —	Le règlement des différends dans le domaine de l'eau au Royaume-Uni	200
CHAPITRE II —	Les motifs structurels	205
Section 1 —	Les motifs juridiques	206
§ 1 —	Les droits substantiels à l'épreuve des secteurs régulés	206
I —	Le droit privé face aux secteurs régulés	206
A —	Le droit des contrats face aux secteurs régulés	207
1 —	Le droit des contrats et le problème du pouvoir	208
2 —	Le droit des contrats et la décision de contracter	216
3 —	Le droit des contrats et le contenu du contrat	223
B —	Le droit de la responsabilité face aux secteurs régulés	232
1 —	Le droit de la responsabilité en common law et les secteurs régulés	232
2 —	Le droit français de la responsabilité et les secteurs régulés	234
C —	Le droit privé des biens face aux secteurs régulés	238
II —	L'éviction du droit pénal	239
A —	Les insuffisances du droit pénal	239
1 —	La responsabilité pénale des personnes morales	241
2 —	L'élément moral de l'infraction	242
		1195

3 —	La sévérité de la sanction	243
4 —	L'interprétation stricte de la loi pénale	244
B —	La préférence du droit de l'Union européenne pour la répression administrative	245
III —	Le droit de la concurrence et les secteurs régulés	246
IV —	Les rigidités propres au système juridictionnel	252
A —	Les rigidités du système juridictionnel de common law	252
1 —	La règle du précédent en common law	253
2 —	La séparation du droit et de la politique	253
B —	Un argument spécifique à la France : les problèmes liés au dualisme juridictionnel	255
§ 2 —	Les institutions traditionnelles face aux secteurs régulés	256
I —	Les insuffisances des juges	256
A —	L'argument du droit de l'Union européenne : le besoin de coordination	256
B —	Les insuffisances du juge civil	256
1 —	La préférence pour une logique de conciliation	257
2 —	La rapidité	257
3 —	La technicité	259
4 —	Le coût	260
5 —	Les caractères de la procédure	261
C —	Les insuffisances du juge pénal	262
II —	L'inadaptation de la forme institutionnelle du tribunal	266
1 —	Définition du tribunal	266
2 —	Inadaptation du tribunal	269
III —	Les insuffisances des modes alternatifs de règlement des différends	271
Section 2 —	La force des arguments théoriques au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne	276
§ 1 —	Le rôle de l'analyse économique du droit dans la préférence pour la fonction contentieuse des autorités de régulation au Royaume-Uni et en droit de l'Union européenne	276
I —	L'objectif d'optimisation du système répressif donne un avantage à la voie administrative	276
II —	La certitude de la répression favorise la répression administrative	278
III —	L'analyse économique du droit, le droit des contrats et l'exigence d'efficacité	279
§ 2 —	Le rôle de la <i>responsive regulation</i> dans le réaménagement des voies d'exécution des obligations juridiques au Royaume-Uni	280
Sous-Titre II —	L'encadrement différencié par les juges	286
CHAPITRE I —	Les juges face à la fonction coercitive des autorités de régulation	287
Section 1 —	Les juges internes et la fonction coercitive des autorités de régulation	288
§ 1 —	L'instauration de la peine	288
I —	La position en <i>common law</i>	288
A —	Le rejet initial du pouvoir de sanction	288
1 —	La genèse de ce rejet : un double fondement	289
2 —	L'expression de ce rejet	290
B —	Les domaines légitimes de répression	296
II —	La position des juges en France	299
A —	Comparaison et clarification	299
B —	Le domaine de la répression administrative en droit français	302
1 —	La jurisprudence administrative manifeste la spécificité de la répression en vertu d'un lien préalable	302
2 —	La jurisprudence constitutionnelle : un domaine limité par certains droits fondamentaux	305
§ 2 —	L'instauration de l'infraction	312
Section 2 —	Les juges européens et la fonction coercitive des autorités de régulation	317
§ 1 —	La position de la Cour européenne des droits de l'homme	317
§ 2 —	La position de la Cour de justice de l'Union européenne	318
CHAPITRE II —	Les juges face à la fonction de règlement des différends	322

Section 1 — La position des juges internes.....	323
§ 1 — La position du juge anglais.....	323
§ 2 — La position française	325
I — L'Administration, le règlement des litiges privés et le contrat	325
II — La position actuelle des juges administratif et constitutionnel.....	327
Section 2 — La position des juges européens	333
CHAPITRE III — La fonction contentieuse des autorités de régulation possède-t-elle une ou des bases constitutionnelles ? 335	
Section 1 — Les bases constitutionnelles du règlement des différends.....	336
Section 2 — Les bases constitutionnelles des pouvoirs coercitifs	339
TITRE II Détermination de la fonction contentieuse des autorités de régulation	346
Sous-Titre I — La diversité des actes	347
CHAPITRE I — La fonction de règlement des différends.....	348
Section 1 — L'existence d'un différend.....	350
§ 1 — Une fonction subsidiaire dans le processus contractuel.....	350
I — Une fonction subsidiaire par rapport au processus contractuel	351
II — Une fonction subsidiaire par rapport aux autres modes de règlement des différends	352
A — Par rapport aux modes non contraignants de règlement des différends	352
B — Par rapport aux modes contraignants de règlement des différends	353
C — L'articulation des compétences est différente en France et au Royaume-Uni.	355
1 — Le droit français : une application concurrente	355
2 — Le cas anglais : le choix du remède le plus approprié.....	357
§ 2 — Les éléments constitutifs du différend.....	360
I — La cause générale du différend.....	361
II — Les caractères du différend	364
A — La notion de différend	364
B — La constitution du différend	366
1 — L'échec du processus contractuel	366
2 — L'existence d'un préjudice.....	370
C — La portée de la notion de différend	371
III — Les parties au différend.....	373
A — La qualité des parties : comparaison, précision et systématisation	373
1 — Comparaison : une échelle de « saisissabilité »	374
2 — Précisions	375
3 — Systématisation	378
B — La nationalité des parties	381
IV — Le domaine du différend	381
Section 2 — L'objet de la fonction de règlement des différends : un procédé de réglementation relatif à l'accès	384
§ 1 — Un procédé de réglementation.....	384
§ 2 — L'existence d'un contrat : importance et relativité	384
§ 3 — Le différend a pour objet l'accès	386
I — La nouveauté de la notion d'accès en droit	386
A — Accès et droit privé des biens	387
B — L'accès, une notion traditionnellement associée au droit public des biens	389
C — L'émergence de la notion moderne d'accès	390
1 — L'accès et les droits de l'homme.....	390
2 — Accès et droit de la concurrence	391
3 — Accès et droit de propriété de l'opérateur de réseau	396
II — La définition de la notion d'accès	397
III — Accès et fonction de règlement des différends	400
A — L'accès est bien un critère de compétence de l'autorité de règlement des différends	400

B — L'accès permet de circonscrire l'étendue de la compétence de l'autorité de règlement des différends	402
Section 3 — L'acte administratif de règlement des différends	406
§ 1 — La nature de l'acte : une décision administrative	406
I — Les vicissitudes de cette qualification	406
A — Le « clair-obscur » de la qualification	406
1 — Une décision unilatérale et individuelle	406
2 — Une décision administrative	408
II — La portée de cette qualification	414
§ 2 — Le contenu de l'acte : en principe une injonction	415
I — En principe le règlement des différends se traduit par le prononcé d'une injonction	415
A — L'affirmation de la nature de la décision	415
B — La portée de l'injonction	417
1 — L'injonction et les libertés publiques	417
2 — L'injonction et le comportement des opérateurs : des obligations de faire ou de ne pas faire	424
3 — L'injonction et les pouvoirs du juge civil	424
II — Les solutions plus souples	426
Section 4 — Réflexions sur l'application de l'article 6 § 1 au pouvoir de règlement des différends ?	428
§ 1 — L'application de l'article 6 § 1	428
§ 2 — Le fondement de cette application	430
CHAPITRE II — La fonction coercitive	434
Section 1 — La répression administrative	436
§ 1 — Le cœur de la répression : Les sanctions administratives	436
I — Éléments pour une définition de la sanction administrative en droit anglais et français	436
A — Les définitions doctrinales disponibles	436
B — La définition jurisprudentielle	440
C — Les définitions législatives	445
II — Caractérisation de la notion de sanction administrative	446
A — La présence d'une décision administrative	446
B — La finalité répressive	448
1 — Les mesures dénuées d'intention répressive	449
2 — Les mesures répressives et les mesures poursuivant une finalité d'intérêt général	450
C — La peine	455
1 — Classification des peines	455
2 — La notion de peine	456
D — Le manquement	466
1 — La source du manquement	466
2 — Les caractères du manquement	471
§ 2 — Les alternatives à la répression	474
Section 2 — Les injonctions	479
§ 1 — Les mesures préventives : Les mesures conservatoires	479
I — Le domaine des mesures conservatoires	479
II — Les caractères des mesures conservatoires	481
A — Une faculté	481
B — Le motif de la mesure : L'atteinte à un intérêt protégé	481
C — La condition de la mesure : L'urgence	482
D — L'effet temporel de la mesure : un acte provisoire	482
§ 2 — Les mesures correctrices : injonctions et mise en demeure	483
I — Une mesure correctrice	484
A — Acte correcteur et acte décisoire	485
1 — En droit français	485
2 — En droit anglais	487
	1198

B —	Acte correcteur et garanties procédurales	488
1 —	L'injonction acte préparatoire	488
2 —	L'injonction, acte définitif	490
II —	Une mesure d'exécution	492
Sous-Titre II —	L'unité de la mission	496
CHAPITRE I —	Les définitions disponibles	497
Section 1 —	Régulation et normativité	500
§ 1 —	La régulation comme normativité dialoguée	500
§ 2 —	Régulation et actes juridiques	502
I —	Régulation, caractères et élaboration de l'acte juridique	502
II —	Régulation et contenu de l'acte juridique	503
Section 2 —	La régulation et l'État	505
§ 1 —	Régulation et changement des modalités d'intervention de l'État	505
I —	Régulation et changement des modalités institutionnelles d'intervention de l'État	505
II —	Régulation et changement des modalités techniques d'intervention de l'État	507
§ 2 —	La régulation et le changement du rôle de l'État	507
I —	L'État régulateur contre l'État providence	508
II —	Régulation et dépassement de l'État	509
§ 3 —	Régulation et fonctions administratives	511
I —	Régulation et service public	512
II —	Régulation et police	512
III —	Régulation et fonction de conciliation entre objectifs antinomiques	514
§ 4 —	L'État et la régulation dans le cadre de l'analyse systémique	516
Section 3 —	Régulation et marché	518
§ 1 —	Régulation et échec du marché	518
§ 2 —	Régulation et fonctionnement du marché	519
CHAPITRE II —	Les définitions proposées	520
Section 1 —	Les difficultés pour construire la notion de régulation	521
§ 1 —	La régulation comme mythe moderne de l'État	521
§ 2 —	La régulation se présente comme nouvelle fonction du droit	525
Section 2 —	La régulation comme fonction d'institution d'un ordre de marché fondé sur la concurrence	527
§ 1 —	Un changement d'ordre juridique : de la liberté à l'efficacité du marché	528
I —	Les fonctions de l'État face à la liberté	528
A —	La situation française	528
B —	La situation en common law	531
II —	Le néo-libéralisme, fondement d'un nouvel ordre juridique de marché fondé sur la concurrence	534
A —	Le néo-libéralisme, la critique du libéralisme et la fondation intellectuelle d'un nouvel interventionnisme	534
B —	Un nouveau rôle pour le marché : la notion de constitution économique	536
C —	Un nouveau fondement au marché : de la liberté à l'efficacité économique	538
1 —	L'apparition de la notion de marché dans la jurisprudence	539
2 —	L'utilisation du marché dans les politiques publiques	544
§ 2 —	Un nouvel ordre juridique qui fonde une nouvelle fonction administrative : La régulation comme institution d'un ordre de marché dans les relations concurrentielles	545
I —	La définition et la structure de la régulation	545
A —	Les critères de définition	545
B —	La structure : fonction générale et sectorielle	546
II —	Le rôle dual de la fonction contentieuse des autorités sectorielles dans la réalisation de la fonction de régulation	548
		1199

SECONDE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION 555

TITRE I L'EXERCICE DE LA FONCTION CONTENTIEUSE DEvAnt les AUTORITÉS DE RÉGULATION 558

Sous-Titre I — La communauté de principes encadrant la fonction contentieuse de l'Administration 560

CHAPITRE I — Les sources internes : les principes du droit administratif répressif anglais et français 561

Section 1 — Les garanties formelles minimales	563
§ 1 — Les garanties de la défense	563
I — Le respect du caractère contradictoire de la procédure.....	564
A — Le droit d'être informé	564
1 — Le droit d'être informé en droit anglais	564
2 — Le droit d'être informé en droit français	565
B — Le droit d'être entendu	566
1 — Le droit d'être entendu en droit anglais	566
2 — Le droit d'être entendu en droit français	567
II — L'importance de la motivation de la décision	569
A — Le droit de la motivation de la décision administrative en droit anglais	569
B — Le droit de la motivation de la décision administrative en droit français	571
§ 2 — Les obligations de l'organe disciplinaire	572
I — L'obligation d'impartialité	573
A — Le principe d'impartialité en France	573
B — Le principe d'impartialité au Royaume-Uni	574
II — La culture du secret	576
Section 2 — Les garanties substantielles limitées	579
§ 1 — Les garanties substantielles liées à la détermination de la décision.....	580
I — L'intensité de la mesure : le principe de proportionnalité et ses corollaires.....	580
A — Le principe de proportionnalité et ses corollaires en droit administratif français	581
1 — Le principe de proportionnalité stricto sensu en droit administratif français	581
2 — La prévention des doubles poursuites et des doubles peines.....	583
B — Le principe de proportionnalité et ses corollaires en droit administratif anglais	585
1 — Le principe de proportionnalité.....	585
2 — L'encadrement du cumul de poursuites	587
II — Le principe de personnalité des peines	590
A — Le principe de personnalité des peines en droit administratif français	591
B — Le principe de personnalité des peines en droit administratif anglais	592
§ 2 — Les garanties substantielles liées à l'intervention de la décision dans le temps	593
I — L'intervention de la décision dans le temps : le principe de non-rétroactivité	593
A — Le principe de non-rétroactivité en droit français	593
B — Le principe de non-rétroactivité en droit anglais	595
II — L'influence du temps sur la décision : la prescription.....	597

CHAPITRE II — La similitude des sources externes 599

Section 1 — L'ambivalence du droit de l'Union européenne sur l'exercice de la fonction contentieuse des autorités de régulation.....	600
§ 1 — L'influence du droit de l'Union européenne sur le régime des sanctions.....	600
I — L'exigence d'adéquation des sanctions	602
II — L'exigence d'équivalence des sanctions	605
§ 2 — Le renouvellement ambigu des garanties	605
I — La réaffirmation des principes généraux de fond	606
II — La conception européenne de la procédure administrative	607

Section 2 — Les protections différées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	611
I — La protection contre le cumul de poursuites	611
II — La protection différée de l'article 6	612
Sous-Titre II — L'évolution vers des modèles différents	616
CHAPITRE I — Le modèle anglais : l'évolution vers un modèle managérial	618
Section 1 — Des garanties minimums	619
§ 1 — Le caractère informel de la procédure	619
I — Le caractère informel de la procédure répressive	620
A — Les garanties limitées d'impartialité	621
B — Le respect des droits de la défense	621
C — Les formes de la décision répressives	623
II — Les conditions d'exercice du pouvoir d'injonction	624
III — L'exercice du pouvoir de règlement des différends	624
IV — La confusion des fonctions ?	625
§ 2 — Les garanties substantielles limitées	626
I — Les pouvoirs d'enquête	626
II — Le pouvoir d'injonction	628
III — L'exercice du pouvoir répressif	628
A — Les garanties touchant à la définition de l'infraction	628
B — La détermination de la sanction	629
1 — Le régime de preuve en matière de sanction administrative	629
2 — Le principe de proportionnalité	630
3 — L'affinement de la sanction	632
C — L'aménagement d'un régime de prescription	633
IV — Le pouvoir de règlement des différends	633
A — La nature de la procédure	633
B — Le problème du caractère rétroactif du pouvoir de règlement des différends	634
C — Le règlement des différends et le principe de confiance légitime	635
§ 3 — La spécificité des autorités sectorielles dans le paysage administratif anglais	637
I — La spécificité du régime de la fonction contentieuse des autorités sectorielles par rapport aux autorités de concurrence et des marchés financiers	637
II — L'impact de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur l'action administrative au Royaume-Uni	640
III — La réflexion de la doctrine anglaise sur la confusion des fonctions d'enquête, de poursuites et de décision	641
Section 2 — Le modèle managérial	643
§ 1 — La caractérisation de la transparence	645
I — Les fondements de la transparence : la nécessité d'inclure les tiers dans la procédure contentieuse	645
A — Le fondement médiateur : le mouvement « better regulation » et le renouvellement de la procédure administrative	645
B — Le fondement immédiat : la fonction des autorités sectorielles	647
II — Les moyens : l'information électronique appliquée à la fonction contentieuse	648
A — L'émergence des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la procédure administrative	648
B — L'application des nouvelles technologies de l'information et de la communication à la fonction contentieuse des autorités sectorielles	650
1 — Le rôle des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le traitement des plaintes	650
2 — Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et la transparence de la procédure administrative	651
III — Les manifestations : de nouvelles règles d'édiction de l'acte administratif	651
A — La publication d'un projet de décision	652
	1201

B — La consultation de l'ensemble des parties prenantes	652
§ 2 — Le renouvellement de la conception de la fonction contentieuse des autorités sectorielles sous l'influence du courant de la « <i>responsive regulation</i> »	654
CHAPITRE II — Le modèle français : le choix de la juridictionnalisation	658
Section 1 — La juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités sectorielles.....	660
§ 1 — La juridictionnalisation de la répression administrative	660
I — L'encadrement de la fonction répressive par des principes substantiels	662
A — Les garanties relatives à l'enquête et à l'engagement de la procédure répressive	662
1 — Les garanties supra-législatives relatives à la phase d'enquête.....	662
2 — L'économie des pouvoirs d'enquêtes des autorités sectorielles	665
3 — L'engagement de la procédure répressive : le problème du contrôle de l'inaction	666
B — Les garanties substantielles encadrant la décision répressive	667
1 — Le principe de légalité des délits et des peines.....	667
2 — Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère	671
3 — Le principe de proportionnalité	672
4 — Le principe de responsabilité	677
II — L'encadrement de la fonction répressive par des principes procéduraux	681
A — Les garanties qui s'attachent à l'enquête	681
B — Les garanties entourant la décision répressive	683
1 — Le respect des droits de la défense	684
2 — L'impartialité : de l'impartialité objective à la consécration d'un principe de séparation des fonctions.....	687
3 — Les autres exigences du procès équitable.....	698
§ 2 — La juridictionnalisation du règlement des différends	700
I — La procédure de règlement des différends.....	701
A — La nature de la procédure : accusatoire ou inquisitoire ? L'appréhension d'une procédure administrative de règlement des différends par le juge judiciaire	701
B — Les garanties procédurales	703
1 — La séparation des fonctions.....	704
2 — Le contradictoire	704
3 — La publicité	706
4 — Les garanties supplémentaires	706
II — La portée du pouvoir de règlement des différends	707
A — Le caractère d'ordre public des décisions de règlement des différends	708
B — La portée temporelle du pouvoir de règlement des différends	708
C — La portée de ce pouvoir vis-à-vis des tiers	714
III — Les modalités du règlement des différends	716
A — L'utilisation de l'équité	716
B — L'obligation de non-discrimination	718
§ 3 — Les procédés correctifs	720
I — Les mesures d'urgence	720
A — Le recours au juge administratif	720
B — Le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires	722
C — Les procédures accélérées et leur encadrement	723
II — Les injonctions	725
A — Le prononcé des mises en demeure	725
B — Le prononcé d'une injonction	726
Section 2 — L'explication des différences entre la France et le Royaume-Uni	730
I — L'explication juridique directe : la fin du légicentrisme en France	730
II — Les explications plus profondes : l'influence de la doctrine, de la jurisprudence et des conceptions différentes des relations entre le droit et l'Administration	732
A — L'influence de la doctrine	732
1 — Le discours de la doctrine française : une imprégnation du principe de séparation des fonctions	732
2 — Le discours de la doctrine anglaise : méfiance quant aux principes et imprégnation de l'analyse économique du droit	735

B — Le rôle de la jurisprudence : l'application au régime des autorités sectorielles françaises des principes du droit pénal et du droit civil	737
C — Les relations du droit et de l'Administration	739
1 — Le droit et la conception de l'Administration en France et au Royaume-Uni : la soumission et la séparation	739
2 — Le droit et la formation des administrateurs en France et au Royaume-Uni	744
TITRE II Le contrôle de la fonction contentieuse des autorités de régulation	751
Sous-Titre I — Le contrôle de la légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles	753
CHAPITRE I — Un contrôle de légalité sous influence externe	755
Section 1 — Les exigences externes en matière de recours	756
§ 1 — L'influence modérée du droit de l'Union européenne	756
I — Le fondement du droit au recours et ses limites	756
A — Le droit à une protection juridictionnelle effective	757
B — La limite de la communautarisation : la garantie de l'autonomie procédurale des États membres	758
II — Les modalités du droit au recours dans les directives sectorielles	760
A — L'efficacité du recours	760
1 — Le principe dans les textes	760
2 — La portée dans la jurisprudence	761
B — Les titulaires du droit au recours	763
1 — La qualité pour agir	763
2 — L'intérêt pour agir	764
C — Les caractéristiques de l'organe de recours	766
1 — Des caractéristiques essentielles : un organe indépendant doté des compétences suffisantes	766
2 — Une caractéristique qui peut être différée : un organe juridictionnel	767
III — Le rôle de la Commission : une instance de recours	767
§ 2 — L'influence déterminante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	770
I — L'indépendance et l'impartialité du tribunal	771
A — L'indépendance de l'organe de recours	771
1 — L'exigence d'indépendance de l'organe de recours en France	771
2 — L'exigence d'indépendance de l'organe de recours au Royaume-Uni	772
B — L'impartialité des juridictions de recours	774
1 — L'impartialité des juridictions de recours en France	774
2 — L'impartialité des juridictions de recours au Royaume-Uni	776
II — L'exigence d'un recours de pleine juridiction	777
A — La portée de la notion en matière civile	778
B — La portée de la notion en matière pénale	781
Section 2 — L'évolution du contrôle de légalité dans les droits internes	784
I — L'analyse comparée du contrôle de légalité en France et au Royaume-Uni	784
A — Le fondement du recours, un critère essentiel d'explication des différences de contrôle	785
B — La nature de la procédure : inquisitoire contre accusatoire	787
C — La comparaison des pouvoirs du juge	789
D — Le caractère objectif ou subjectif du recours	791
E — Les moyens invocables	793
1 — L'examen des questions de droit	794
2 — Le contrôle des faits	795
3 — Le contrôle de proportionnalité	798
F — Le coût du recours	802
II — L'évolution des recours de droit interne pour s'adapter aux exigences de la Convention	803

A —	En France : aménagement et évolutions des recours	803
1 —	La Cour européenne des droits de l'homme et les recours français	805
2 —	L'évolution des recours : la consécration progressive du recours de pleine juridiction	812
B —	La situation anglaise	814
1 —	La Cour européenne des droits de l'homme et le judicial review	815
2 —	Les juges anglais et la compatibilité du judicial review avec les exigences de la Convention	818
CHAPITRE II —	La mise en œuvre du contrôle de légalité	824
Section 1 —	Le choix de deux modèles de contrôle juridictionnel différents	825
§ 1 —	La création d'un nouveau modèle juridictionnel au Royaume-Uni	825
I —	Exposé des recours	826
1 —	Ofcom	827
2 —	Le secteur postal : de Postcomm à Ofcom	829
3 —	Ofgem	831
4 —	Ofwat	832
5 —	Office of Rail Regulation	832
II —	Le Competition Appeal Tribunal : entre renouveau et tradition	835
A —	Le Competition Appeal Tribunal : création et caractères	835
1 —	La création du Competition Appeal Tribunal	835
2 —	Les caractères du Competition Appeal Tribunal	836
B —	La création du CAT s'inscrit dans une longue tradition juridique, qui s'explique par la réticence des juges à contrôler au fond l'activité administrative	838
1 —	Des éléments de filiation et la marque des changements du temps	838
2 —	La réticence des juges face aux décisions des autorités de régulation	840
§ 2 —	La confiance dans la justice ordinaire en France	843
I —	Exposé des recours	844
II —	Appréciation	846
A —	L'attribution des recours au juge	846
1 —	Un contrôle opéré par des magistrats non spécialisés	846
2 —	Le rôle nouveau de la Cour d'appel de Paris : de la splendeur à la misère	847
B —	Un choix dérogatoire	849
Section 2 —	Les modalités du contrôle de légalité	853
§ 1 —	Les préalables à la saisine du juge	853
I —	Les recours administratifs	853
A —	L'exercice de recours administratifs en matière de régulation en France : une possibilité ouverte de manière générale	854
B —	L'aménagement très rare de possibilités de recours internes au Royaume-Uni	855
II —	La demande de sursis à exécution	856
A —	Les droits européens, le caractère exécutoire de la décision administrative européenne et la possibilité de formuler une demande de suspension	857
1 —	La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le droit à un recours effectif et le droit à la suspension d'une décision administrative	857
2 —	Le droit de l'Union européenne et le caractère exécutoire d'une décision administrative	857
B —	En droit français, du droit commun des recours aux aménagements législatifs chaotiques	859
1 —	L'état du droit positif : les standards de suspension de la procédure civile et de la procédure administrative	859
2 —	La demande de suspension et la jurisprudence administrative et judiciaire	861
C —	La demande de suspension au Royaume-Uni	865
1 —	Le caractère suspensif du recours au Royaume-Uni	865
2 —	La demande de suspension dans les secteurs régulés	868
III —	Les délais du recours	869
A —	Les délais de droit commun en France et au Royaume-Uni	869
1 —	Le délai de droit commun en France	870

2 — Le délai de droit commun au Royaume-Uni	870
B — Les délais dans les secteurs régulés	871
1 — Les délais au Royaume-Uni	871
2 — Les délais en France	872
§ 2 — Les caractères du recours	874
I — Le moment où le juge statue	874
A — Le droit français, les juges statuent au moment de leur décision, prenant en compte l'ensemble des éléments de fait et de droit intervenu depuis le prononcé de la décision.	874
1 — Dans l'ordre administratif, le jour statue au jour de sa décision dans l'ensemble des domaines	874
2 — Un état du droit incertain devant la Cour d'appel de Paris	875
B — En droit anglais	877
1 — Le cas de l'appel	877
2 — Le cas du judicial review	877
II — Les pouvoirs du juge	878
A — Étendue	878
1 — La situation en France	878
2 — La situation au Royaume-Uni	881
B — Limites	882
1 — Le cas français	882
2 — Le cas anglais	884
III — L'intensité du contrôle	884
A — Le contrôle du pouvoir de sanction	885
1 — Le contrôle du refus d'engager une procédure répressive	885
2 — Le contrôle du pouvoir de sanction en France	889
3 — Le contrôle du pouvoir de sanction au Royaume-Uni	891
B — Le contrôle du pouvoir de règlement des différends	893
1 — Le contrôle du règlement des différends en droit français	893
2 — Le contrôle du règlement des différends au Royaume-Uni par le Competition Appeal Tribunal	898
IV — Les spécificités procédurales	900
A — Le statut de l'autorité administrative devant l'instance de recours : devant le juge judiciaire français, un risque d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne	900
1 — L'exigence du droit de l'Union européenne : Les autorités sectorielles doivent avoir la qualité de partie	900
2 — Le statut de l'autorité sectorielle devant la juridiction de recours en droit français	902
3 — La position anglaise	905
B — L'intervention des tiers	905
1 — L'intervention des tiers en droit français : la divergence des jurisprudences administrative et judiciaire	906
2 — L'intervention facilitée des tiers dans la procédure anglaise	907
§ 3 — Les suites du recours : le contrôle subséquent de l'instance de recours	909
I — En France : Le pourvoi en cassation et le renvoi devant la Cour d'appel de Paris	909
A — Le pourvoi en cassation et le problème du statut de l'autorité sectorielle	909
B — Le renvoi devant la Cour d'appel de Paris	912
II — Au Royaume-Uni : des recours soumis à autorisation	912
Sous-Titre II — Le contrôle de la responsabilité des autorités sectorielles dans l'exercice de leur fonction contentieuse	918
CHAPITRE I — La responsabilité devant le juge	919
Section 1 — Des fondements externes limités	920
§ 1 — Droit de l'Union européenne et responsabilité des autorités de régulation	920
§ 2 — Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et responsabilité des autorités de régulation	922
Section 2 — Une mise en œuvre interne différenciée	926

§ 1 — La responsabilité des autorités sectorielles en France : une responsabilité pour faute lourde	926
I — Les principes	926
A — La responsabilité des autorités de régulation : une exigence constitutionnelle	927
B — L'interprétation restrictive des lois excluant la responsabilité de l'Administration	928
II — Le régime d'engagement de la responsabilité	928
A — Le juge compétent	929
1 — Les contours de la compétence du juge judiciaire pour connaître des actions en responsabilité engagées à raison de l'action des autorités administratives indépendantes	929
2 — La compétence du juge administratif	931
B — Qui est responsable ? L'État ou l'autorité sectorielle ?	932
1 — Les autorités dénuées de personnalité morale : l'engagement de la responsabilité de l'État	932
2 — Les autorités dotées de la personnalité morale engagent leur propre responsabilité	932
C — Le régime de responsabilité applicable : un régime de responsabilité pour faute lourde	933
1 — Le régime de responsabilité applicable : une responsabilité pour faute lourde	934
2 — L'application des principes du droit administratif	937
§ 2 — La responsabilité des autorités sectorielles au Royaume-Uni : une responsabilité difficile à engager	938
I — Les caractères différents de la responsabilité dans les deux pays	938
A — La conception opposée de la faute	938
1 — Une conception absolue contre une conception relative de la faute	938
2 — La responsabilité de common law : un système de délits nommés mal adapté à l'accueil de la responsabilité administrative	942
B — Les fonctions divergentes de la responsabilité	943
II — L'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles	944
A — L'abus d'une fonction publique	944
B — La négligence	946
C — Responsabilité et illégalité d'un acte administratif	948
1 — Le principe en common law	948
2 — L'illégalité qui procède d'une violation des droits de l'homme	949
3 — L'illégalité procédant de la violation du droit de l'Union européenne	951
CHAPITRE II — La responsabilité devant le Parlement	953
Section 1 — Le modèle anglais : un contrôle démocratique capital, mais indifférent à la fonction contentieuse des autorités sectorielles	954
§ 1 — Le rôle capital du contrôle démocratique	954
I — La responsabilité ministérielle	954
II — La retenue du juge	955
§ 2 — Un contrôle limité dans les faits	956
§ 3 — Un contrôle renforcé par l'action de l'ombudsman	958
Section 2 — Le modèle français : une préoccupation démocratique importante	961
CONCLUSION GÉNÉRALE	965
BIBLIOGRAPHIE	971
§ 1 — Ouvrages	971
I — Ouvrages francophones	971
II — Ouvrages anglophones	997
III — Ouvrages de droit comparé	1006
§ 2 — Articles	1010
I — Articles francophones	1010
II — Articles anglophones	1045
III — Articles de droit comparé	1070
§ 3 — Notes, conclusions et chroniques	1073

I — Sur le droit français	1073
II — Sur le droit anglais	1097
III — Sur le droit européen et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme	1098
§ 4 — Liste des jugements, décisions et arrêts cités.....	1103
I — Juridictions françaises	1103
A — Juridictions administratives	1103
B — Tribunal des conflits	1122
C — Conseil Constitutionnel	1122
D — Juridictions judiciaires	1130
II — Décisions des juridictions anglaises	1137
III — Autres juridictions	1150
A — Juridictions canadiennes (Cour suprême du Canada)	1150
B — Juridictions américaines	1150
C — Juridictions belges	1150
IV — Juridictions européennes	1151
A — Tribunal de première instance de l'Union européenne	1151
B — Cour de justice de l'Union européenne	1151
C — Cour européenne des droits de l'homme	1158
§ 5 — Lois, règlements et décisions administratives	1163
I — Droit français	1163
A — Lois, Ordonnances	1163
B — Règlements	1166
C — Décisions et avis des autorités administratives	1167
II — Droit anglais	1170
A — Lois et règlements	1170
B — Décisions des autorités administratives	1172
III — Droit américain	1173
IV — Droit de l'Union européenne	1173
§ 6 — Rapports	1175
I — Rapports français	1175
II — Rapports anglais	1177
III — Rapports d'organismes internationaux	1180
INDEX.....	1183
TABLE DES MATIERES	1193

